

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



***A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO DE COTAS PARA
NEGROS: QUEM SOMOS NÓS, OS BRASILEIROS? Horizonte da
questão da desigualdade racial no Brasil, depois do entendimento
proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – STF***

JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR

Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

LISBOA

2016

JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR

***A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO DE COTAS PARA
NEGROS: QUEM SOMOS NÓS, OS BRASILEIROS? Horizonte da
questão da desigualdade racial no Brasil, depois do entendimento
proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – STF***

***Dissertação de mestrado acadêmico, no âmbito do
Direito Constitucional, realizado na Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, em
cooperação com a Escola Superior da
Magistratura do Estado de Pernambuco –
ESMAPE, sob a orientação do Professor Doutor
Rui Guerra da Fonseca.***

Palmas/Recife/Lisboa, outubro de 2016.

JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO DE COTAS PARA NEGROS:
QUEM SOMOS NÓS, OS BRASILEIROS?** Horizonte da questão da
desigualdade racial no Brasil, depois do entendimento proclamado pelo
Supremo Tribunal Federal – STF

**Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, no
âmbito do Direito Constitucional.**

Banca Examinadora:

PROF. DOUTOR

INSTITUIÇÃO:

JULGAMENTO: ASSINATURA:

PROF. DOUTOR

INSTITUIÇÃO:

JULGAMENTO: ASSINATURA:

PROF. DOUTOR

INSTITUIÇÃO:

JULGAMENTO: ASSINATURA:

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o modelo de cotas para negros no Brasil, à luz do princípio da igualdade insculpido na Constituição da República, passando em revista a evolução do instituto da ação afirmativa, em matéria racial, oriundo da Índia –, mas plenamente desenvolvido nos Estados Unidos da América, o que serviu de inspiração para que fosse aqui praticado –, e discutindo a questão precípua sobre ser juridicamente possível a adoção de critério exclusivamente étnico-racial para tal modelo, em um país onde o povo é profundamente miscigenado (forjado a partir da conjugação das matrizes branco-europeia, indígena-nativa e negro-africana), sobretudo depois do entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – STF ao julgar a ADPF nº 186, contribuindo-se, assim, em alguma medida, para o debate promocional da igualdade material no país.

Palavras-chave: ação afirmativa – cotas raciais – princípio da igualdade – ADPF 186.

ABSTRACT

This study aims to analyze the model of quotas for blacks in Brazil under the principle of equality inserted in the Constitution, by reviewing the evolution of the institute of affirmative action for racial matter, originating in India - but fully developed in the United States, which was the inspiration for how it was practiced here -, and discussing the fundamental question if is legally possible to adopt purely racial criterion for such a model in a country where the people are deeply interbred (forged from the combination of the white matrix, amerindian and black), especially after the understanding proclaimed by the Supreme Court - STF on judgment the ADPF No. 186, hence the contribution to a certain extent in the debate on the material equality in the country.

Keywords: affirmative action – racial quotas – the principle of equality – ADPF 186.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C. – Antes de Cristo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

CESPE – Centro de Seleção e Promoção de Eventos (da UnB)

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DEM – Partido Democratas

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça eletrônico

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EC – Emenda constitucional

EUA – Estados Unidos da América

FF – Fundação Ford

HC – Habeas corpus

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

ONGS – Organizações não governamentais

ONU – Organização das Nações Unidas

PROUNI – Programa Universidade para Todos

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TITH – Tratados internacionais de direitos humanos

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFRS – Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul

UnB – Universidade de Brasília

*UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
(Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura)*

*WCAR – World Conference against Racism (Conferência Mundial contra o
Racismo)*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. PREVISÃO E LOCUS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM MATÉRIA RACIAL NO BRASIL, NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	14
1.1. AÇÕES AFIRMATIVAS EM MATÉRIA RACIAL E DIREITOS HUMANOS.....	14
1.1.1. <i>Generalidades</i>	14
1.1.2. <i>Status normativo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e eficácia da norma veiculadora das discriminações positivas</i>	24
1.2. O EXPERIMENTO INDIANO	39
1.3. O CONTRIBUTO NORTE-AMERICANO	46
1.3.1. <i>Aspectos preliminares</i>	46
1.3.2. <i>Perscrutando a questão racial nos EUA</i>	48
1.3.2.1. <i>O sistema “Jim Crow” de segregação institucionalizada</i>	55
1.3.2.2. <i>O ocaso de “Jim Crow” e o segregacionismo</i>	61
1.3.2.3. <i>Um passo a frente</i>	69
2. A SOLUÇÃO COTISTA COMO UM PROBLEMA DE IGUALDADE.....	89
2.1. DA DIMENSÃO FORMAL À DIMENSÃO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	89
2.2. CONTROLE DA IGUALDADE: INSUFICIÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO ARBITRÍO	95
2.3. A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM MATÉRIA RACIAL, À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	99
2.3.1. <i>Considerações iniciais</i>	99
2.3.2. <i>Os casos submetidos à apreciação do STF</i>	103
2.3.3. <i>Visão crítica à decisão do STF, na ADPF nº 186, autorizando o estabelecimento de cotas em face de critério exclusivamente racial</i>	107
3. AFINAL, QUEM SÃO OS BRASILEIROS?.....	124
3.1. NOTAS PRÉVIAS	124
3.2. BRASIL MISCIGENADO	127
3.2.1. <i>Começos</i>	128
3.2.2. <i>Protobrasileiros</i>	130
3.2.3. <i>Influência negro-africana</i>	133
3.2.4. <i>Neopovo</i>	137
3.2.5. <i>Incremento europeu tardio</i>	140
3.3. BRASIL EM CORES: UM POVO ÚNICO.....	142
3.4. OPÇÃO POLÍTICA CASUÍSTICA?!.....	145
3.5. ONE DROP RULE	150
3.6. TRIBUNAIS RACIAIS	156
3.7. HORIZONTE PÓS-ADPF 186	166
CONCLUSÕES.....	176
REFERÊNCIAS	183
ÍNDICE DE DOCUMENTOS	188

INTRODUÇÃO

A partir do segundo semestre do ano de 2009, a Universidade de Brasília (UnB), integrante do sistema de ensino superior federal – e uma das mais prestigiadas universidades públicas brasileiras –, decidiu reservar 20% (vinte por cento) das vagas de todos os seus cursos para estudantes negros (pretos e pardos), independentemente de renda ou qualquer outro fator, onde também foi previsto duplo sistema de identificação: autoidentificação, declarada no ato de inscrição ao exame vestibular, e heteroidentificação, por comissão interna da universidade que analisaria o fenótipo do candidato, uma vez que este lograsse aprovação pelo regime de cotas estabelecido.

Entrementes, foi proposta ação de descumprimento de preceito fundamental (a ADPF¹ nº 186) por um partido político com representação no Congresso Nacional, o Partido Democratas (DEM), distribuída, em 4/8/2009, ao ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), que conheceu inicialmente da demanda, mas indeferiu pedido cautelar de suspensão das matrículas dos candidatos beneficiados pelo sobredito regime de cotas. Em seguida, foram admitidos *amici curiae*² e promovida audiência pública com a oitiva de especialistas, restando julgada a demanda em 26/4/2012, onde, por unanimidade, o pedido veiculado na ação foi desacolhido, tendo sido publicado o acórdão respectivo somente em 20/10/2014, vindo, assim, a lume, em sua inteireza, o entendimento do STF segundo o qual, em apertada síntese, o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) –, ao invés de ser contrariado –, na verdade é prestigiado pelo Estado, quando este se vale de ações afirmativas que atingem grupos sociais determinados, para lhes atribuir certas vantagens, por um tempo determinado, com vistas à superação de desigualdades decorrentes

¹ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Está prevista na Lei nº 9.882/1999, aplicando-se na jurisdição constitucional concentrada e abstrata, por via de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

² Expressão latina que designa os “amigos da corte” cuja finalidade é pluralizar o debate nos julgamentos relevantes dos tribunais, consistindo no chamamento de outros órgãos ou entidades para opinar sobre as questões em discussão, não se confundindo instituto processual da intervenção de terceiros. A figura do *amicus curiae* está prevista na Lei nº 9.868/1999 (art. 7º, § 2º).

de situações históricas particulares, tal qual a hipótese da reserva de vagas instituída pela UnB com base em critério étnico-racial.

Ora, ações afirmativas (ou discriminações positivas) em temas relacionados à mulher, aos deficientes físicos e aos índios não têm despertado divisões no seio da sociedade brasileira, desde a promulgação da atual Constituição da República, em 1988. Há, com efeito, consenso de que tais grupos deveriam ser objeto de políticas públicas diferenciadoras, no sentido de sua integração mais rápida, justa e eficaz à comunidade. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, XX³ autoriza, por exemplo, a discriminação positiva da mulher no mercado de trabalho, tendo o legislador ordinário, outrossim, editado norma que obriga os partidos políticos a reservarem, em prol de um dos gêneros, 30% (trinta por cento) das vagas para candidaturas aos cargos eletivos do Poder Legislativo em geral (Lei nº 9.504/1997, art. 10, § 3º⁴), com o fito de, em verdade, beneficiar o gênero feminino (ainda minoritário, em se tratando de cargos políticos), o que nunca causou maiores questionamentos.

Esse também é o caso dos deficientes físicos, em relação aos quais a CRFB expressamente determina o estabelecimento de cotas nos concursos para cargos e empregos públicos (CF, art. 37, VIII⁵), tendo sido fixado pelo Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União, no tocante à esfera federal, o percentual de até 20% (vinte por cento), conforme previsto no art. 5º, § 2º⁶ do referido diploma, Lei nº 8.112/1990. E, do mesmo modo, as cotas para indígenas, sempre estabelecidas em percentual ínfimo, proporcionalmente ao número de

³ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”

⁴ “Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher. (...) § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.”

⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;”

⁶ “Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: (...) § 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscreverem em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.”

membros dessa minoria que, a despeito do considerável crescimento verificado nas últimas décadas, ainda é muito pequeno (0,4% da população, segundo o último censo do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 2010)⁷.

O problema avulta, porém, quando se trata do estabelecimento de cotas para negros ou, como se popularizou denominar, “afrodescendentes”, categoria que abrange os pretos e os pardos, segundo a referência utilizada pelo IBGE, que classifica as pessoas, quanto à “cor ou raça”, em cinco grupos: brancos, pretos, amarelos, pardos e indígenas, utilizando o critério da autoidentificação. É que os negros ou afrodescendentes (pretos e pardos) constituem mais da metade da população brasileira (aproximadamente, 50,5%, segundo o mencionado censo de 2010)⁸ e as universidades públicas, principalmente as federais, são consideradas as melhores do país. Logo, se um grupo que representa metade da população for beneficiado com ações afirmativas do tipo que a Constituição autoriza para os deficientes físicos, então uma considerável parte da outra metade (formada, em sua grande maioria, por pessoas pobres) sofrerá discriminação indesejável, já que, no Brasil, há certo consenso sobre o fato de o pobre (hipossuficiente econômico) ser discriminado; o negro, também, mas não tanto quanto o primeiro. Os pobres, independentemente da cor da pele, seriam, assim, os que mais teriam dificuldade em alcançar o ensino superior, porque, em sua esmagadora maioria, egressos de escolas públicas (ensino fundamental e médio), cuja qualidade, diferentemente do que ocorre nas universidades públicas (totalmente gratuitas no Brasil), é bem inferior ao das escolas privadas, as quais só os mais abastados (também negros) podem frequentar.

Tal espécie de ação afirmativa que, como se verá, começou a ser utilizada no Brasil, no Estado do Rio de Janeiro, há pouco mais de uma década, avançou fortemente ao longo desses anos, a ponto de dominar o cenário da admissão às universidades públicas no país, gerando, como não poderia deixar

⁷ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Os indígenas no censo demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>.

⁸ Conforme dados do IPEA/IBGE sobre população, numa perspectiva de divisão por cor ou raça, referentes ao último Censo (2010) divulgados pela Folha de São Paulo (disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8197>), eis os números da população brasileira (valores aproximados): Brancos – 48%; Pardos – 43%; Pretos – 7,5%; Amarelos – 1%; Indígenas – 0,5%. Afrodescendentes (pretos e pardos) = 50,5%.

de ser, vários questionamentos que acabaram por extravasar o campo do mero debate, alcançando as vias judiciais e, em caráter definitivo, a mais alta Corte de Justiça. Sucede que apenas quatro meses depois de o STF ter concluído o julgamento da ADPF 186, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.711/2012, dispondo, justamente, sobre o ingresso nas universidades (públicas) federais e instituições de ensino técnico de nível médio, onde conjugou critérios de ordem socioeconômica com o étnico-racial, restando, assim, ao Poder Legislativo, a última palavra no que diz respeito ao sistema federal de ensino superior e às escolas técnicas.

Mais tarde, porém, foi editada a Lei nº 12.990/2014, reservando, para os negros, 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos, no âmbito da Administração Pública Federal brasileira (cuja remuneração é sensivelmente melhor do que a oferecida pela maioria dos Municípios e Estados da Federação), tendo como base, pura e simplesmente, o critério étnico-racial, em consonância, portanto, com o entendimento adotado pela Suprema Corte no caso das cotas para ingresso em universidades públicas federais. Então, um dos problemas que se apresenta, por exemplo, é saber quem são os negros habilitados a receber o favor legal –, distinguindo-os dos outros nacionais –, à vista do amálgama de miscigenação em que veio a ser concebido o povo brasileiro, forjado a partir de três matrizes básicas: o branco europeu (mormente o descobridor português), o índio nativo e o negro africano, que se conjugaram para formar, ao longo dos cinco últimos séculos, um povo capaz de unificar os vários brasis em um só, sob um mesmo (e gigantesco) território, a par de uma mesma língua.

Com efeito, a primeira parte deste trabalho mostra que o tema tem conexão com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), e trata da previsão das ações afirmativas de cunho racial no ordenamento jurídico brasileiro, lançando luzes sobre o *status* hierárquico-normativo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e sua eficácia no país, a par das experiências da Índia e dos Estados Unidos da América, mormente desta última, a servir de base comparativa à realidade nacional.

A segunda parte, por seu turno, dedica-se ao princípio da igualdade, indicando que, no Brasil, a solução das cotas raciais foi concebida, especialmente, a partir da consideração de que não há isonomia entre negros e brancos no que tange ao acesso para o ensino superior público federal no país, voltando-se, outrossim, para os métodos de verificação e correção das violações ao princípio constitucional em referência.

Por fim, a terceira parte da investigação traz a lume o problema do grau de miscigenação do povo brasileiro, a partir de uma abordagem histórico-antropológica, baseada, designadamente, na obra pinacular do professor Darcy Ribeiro – o mais prestigiado estudo sobre a formação desse povo –, enveredando pelos efeitos do referido julgamento da ADPF 186, em que foram permitidas diferenciações baseadas em critério exclusivamente racial, donde a reflexão acerca do horizonte dessa questão no Brasil, não só em relação aos processos seletivos de admissão ao ensino universitário.

Em arremate, o presente estudo tem por escopo analisar a questão racial no Brasil, sobretudo à luz de uma jurisdição constitucional da igualdade, pertinentemente a esse tema, discutindo a proposição fundamental sobre ser juridicamente possível a adoção de critério exclusivamente étnico-racial para o estabelecimento de cotas, tudo a partir do julgamento da ADPF nº 186 pelo Supremo Tribunal Federal – sem olvidar a relevância de experiências internacionais e o substrato do DIDH –, contribuindo-se, assim, com uma centelha que seja, para o debate promocional da igualdade material no país.

1. PREVISÃO E LOCUS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM MATÉRIA RACIAL NO BRASIL, NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1. Ações afirmativas em matéria racial e direitos humanos

1.1.1. Generalidades

A origem exata dos direitos humanos é desconhecida. Atenas – onde as primeiras leis escritas remontam a Draco (620-621 a.C.), mas cujo início do período democrático é associado às reformas de Sólon (594 a.C.) ou, para outros, às de Clístenes (508 a.C.), tendo o seu apogeu na época de ouro conhecida como a “era de Péricles” (443 a 429 a.C.), em razão do grande líder político e orador –, é historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político (*governo de leis e não de homens*) e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Embora tivesse sido uma potência territorial e militar de alguma expressão, seu legado perene é de natureza intelectual, como berço do ideal constitucionalista e democrático; ali se conceberam e praticaram ideias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos⁹, não se podendo olvidar, contudo, a contribuição babilônica com o Código de Hammurabi (de 1700 a.C.) que talvez tenha sido a primeira codificação a contemplar um rol de direitos comuns a todos os súditos, tais como a vida, a dignidade e a honra (...) ¹⁰.

Os direitos humanos sofrem, ainda, a influência filosófico-religiosa dos povos do extremo oriente, com a noção de igualdade propagada por Buda e Confúcio (a partir de meados do século V a.C.). Todavia, de uma perspectiva da cultura ocidental¹¹, foi o Direito Romano¹² que estabeleceu um complexo

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24-25.

¹¹ Em que se não pode esquecer da contribuição dos Hebreus, consagradores do monoteísmo, e onde a lei assume a sua dimensão simbólica, ainda como ato divino, o pacto de Deus com o povo escolhido. A força política da lei religiosa prosseguiria com o cristianismo, dando origem à

mecanismo de interditos visando à tutela dos direitos individuais em relação ao arbítrio estatal. A Lei das XII Tábuas¹³ pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos dos cidadãos¹⁴.

Depois da queda do Império Romano do Ocidente, em 476, o mundo conhecido, como cediço, mergulha em franco declínio, assim permanecendo por quase mil anos. A atomização do mando político marcou o período feudal, no qual as relações de poder se estabeleciam entre o dono da terra e seus vassalos, restando autoridade mínima para o rei, duques e condes. Já pela alta Idade Média e por conta de fatores diversos (que incluem a reação à anarquia da pluralidade de poderes e a revitalização do comércio), começa a esboçar-se o processo de concentração de poderes que levaria à formação dos Estados nacionais como organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos).¹⁵

Mas eis que antes de o Estado moderno surgir (no início do século XVI, sobre as ruínas do feudalismo), nos estertores da Idade Média, é editada a

tradição milenar batizada como *judaico-cristã*. Mas só por grave injustiça não consta da certidão que é também *helênica*: foram os gregos os inventores da ideia ocidental de razão, do conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal. Por séculos depois, tornaram-se os romanos depositários desses valores racionalistas aos quais agregaram a criação e desenvolvimento da ciência do Direito, tal como é ainda hoje compreendida. Em síntese sumária: a cultura ocidental, em geral, e a jurídica, em particular, têm sua matriz ético-religiosa na teologia judaico-cristã e seu fundamento racional-legal na cultura Greco-romana. (Cfe. BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26).

¹² Acerca da contribuição dos Gregos e Romanos para a Filosofia e o Direito, interessante citar excerto do pensamento de Ives Gandra da Silva Martins, para quem: “*Hoje, estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo – Rousseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma*” (in *A Constituição brasileira de 1988: interpretações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 187).

¹³ Ela foi formulada no período da República, entre 451 e 449 a.C., pelos decênviros, os dez membros varões da magistratura extraordinária, constituída justamente com a finalidade de encontrar uma maneira viável de diminuir o poder despótico dos cônsules contra os plebeus. Diz-se que, para tanto, foi enviada uma embaixada à Grécia, em 452 a.C., onde os romanos puderam estudar o sistema legal ali em vigor, concentrando-se, em especial, nas leis de Sólon.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30-31.

Magna Charta Libertatum, de 15/6/1215, da época do Rei João Sem Terra¹⁶, da Inglaterra, que, a despeito de ter sido uma imposição ao rei¹⁷ – o qual, por isso mesmo, não a levou em consideração logo após os ânimos se acalmarem (morrendo no ano seguinte, possivelmente por envenenamento) –, é considerada, por certo, o mais importante antecedente histórico das Declarações de Direitos Humanos, trazendo em seu bojo, dentre outras, a previsão do devido processo legal, do livre acesso à Justiça, da proporcionalidade entre delito e sanção e de algumas restrições tributárias.

Alguns séculos mais tarde, passando pelos textos anglo-saxônicos de antes (v.g., *Habeas Corpus Act*, de 1679) e depois (ex., *Bill of Rights*, de 1689) da Revolução Gloriosa (1688), em que o poder do Parlamento se consolida na Inglaterra, o Estado mais próspero de então, palco da revolução industrial que se avizinhava, vêm as declarações de direitos das ex-colônias da América do Norte, que redundaram, pode-se afirmar, na Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

Segue-se, enfim, a Revolução Francesa – marco inicial da Idade Contemporânea –, em certa medida incentivada pelos ex-combatentes franceses que lutaram ao lado dos rebeldes norte-americanos, e voltaram à sua pátria com o espírito repleto do ideal de liberdade que viram e ajudaram a tornar-se uma verdade concreta em terras de além-mar. Em França, pois, a Assembléia Nacional promulga a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a 26/8/1789, que, com seus 17 (dezesete) artigos, se converte no ápice, até então, dos direitos humanos, abordando os princípios da livre manifestação do pensamento, associação política, liberdade religiosa, legalidade, igualdade perante a lei, anterioridade em matéria penal etc.

Mas a humanidade precisaria, ainda, enfrentar as duas Grandes Guerras Mundiais do séc. XX para compreender a necessidade de criação de uma rede efetiva de proteção dos direitos humanos, no intuito primordial de

¹⁶ Que adquiriu essa alcunha por ser o quinto e último filho de Henrique II, de quem nada herdou quando de sua morte.

¹⁷ Diz-se que o Reino da Inglaterra entrou em colapso econômico com o resgate do irmão de João Sem Terra, Ricardo Coração de Leão, capturado por Henrique VI, do Sacro Império Romano–Germânico, contra quem a Inglaterra, desprendida do continente europeu, lutava para não se subordinar. Alguns anos depois, com o agravamento da crise, que gerou o aumento da cobrança de tributos, os barões ingleses forçaram a aceitação da Carta, quando João voltava de uma embaixada à Santa Sé.

fomentar permanentemente a paz no mundo, o que se deu a 10/12/1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), assinada em Paris, em cumprimento ao art. 55 da Carta da ONU (Organização das Nações Unidas), de 1944, que previu a formação de uma Comissão dos Direitos Humanos, presidida inicialmente por Eleonora Roosevelt. Naquela oportunidade, afirmou-se o reconhecimento da dignidade humana como inerente a todos os membros da família humana, fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, dando-se, assim, o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, disciplina autônoma ao Direito Internacional Público¹⁸.

Paradoxalmente, no dia 14/5/1948, mesmo ano em que editada a DUDH, o Estado de Israel declara-se independente, autorizado por resolução da ONU, de 27/11/1947, que partilhara a Palestina em duas metades. Como resultado disso, vários países árabes uniram-se em guerra contra o recém-criado Estado, que venceu inacreditavelmente o conflito, anexando ao seu território cerca de 1/3 (um terço) da Palestina dividida, mas cujas cicatrizes perduram até hoje e constituem um dos muitos focos de desestabilização em um mundo que já dominou o átomo e, em passado recentíssimo¹⁹, esteve muito próximo de mergulhar a comunidade global numa hecatombe nuclear que certamente levaria todos a uma nova idade das trevas²⁰.

Logo, os direitos humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas²¹; não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução²². Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 36.

¹⁹ Referência à crise dos mísseis soviéticos em Cuba, no auge da Guerra Fria protagonizada pelos Estados Unidos da América e a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, entre 16 e 28 de outubro de 1962.

²⁰ Apesar de a humanidade, ao longo da história, ter encontrado caminhos para seguir em frente, a ideia de uma involução cultural pelas mãos do próprio homem, nos moldes do que ocorreu com o advento da Idade Média (ou pior) não pode ser descartada.

²¹ *Apud* PIOVESAN, Flávia. In *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 44, referindo-se ao pensamento de Norberto Bobbio (1988), no contexto da concepção contemporânea de direitos humanos.

²² *Idem*, reproduzindo escólio de Hannah Arendt (1979).

cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos²³.

Dito isso, tem-se que a Declaração Universal é o marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, onde se estabelece, no âmbito das Nações Unidas, um conjunto de direitos que não observam fronteiras, representando, por um lado, norma moral que impõe uma conduta política aos Estados-partes e, por outro, um importante paradigma que tende a ser cada vez mais aceito pela quase totalidade dos países²⁴. Note-se, porém, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos “...*não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembleia. Por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos Direitos Humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não convencional da Declaração.*”²⁵ De qualquer modo, com seus trinta artigos, a DUDH consolida a base estrutural do arcabouço internacional dos direitos humanos. E, a partir dessa base, o Sistema Internacional de Direitos Humanos busca a tutela dos direitos fundamentais por meio de tratados internacionais, cujo cumprimento, aí, sim, passa a ser obrigatório para os Estados que eventualmente os incorporem.

Tendo adotado o prisma histórico, a Declaração de 1948 inovou extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

²³ Ibidem, citando afirmação de Ignacy Sachs.

²⁴ Ainda que sob protestos de alguns, no sentido de haver adotado um delineamento eminentemente ocidental.

²⁵ REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10. ed. Saraiva: 2006, p. 219.

A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.²⁶

Não obstante, ainda que o texto da Declaração reconheça expressamente a universalidade e indivisibilidade do conjunto de direitos por ela relacionado, é correto afirmar que esse conjunto se fragmenta em dois grandes grupos de direitos que derivam de propostas emergentes em momentos históricos bastante distintos. Por conseguinte, a consagração internacional de tais direitos, através de tratados internacionais, exigiu a construção de dois instrumentos jurídicos independentes, já que os Estados signatários –, mergulhados em um contexto bastante conflitivo que dominava o cenário internacional durante os anos da Guerra Fria –, não encontraram como implementar ambas as classes de direitos que, *prima facie*, poderiam indicar posturas políticas antagônicas. Assim, quase vinte anos mais tarde, através de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966, é que foram adotados e abertos à assinatura, ratificação e adesão, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Por meio do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, são consolidados, junto ao Direito Internacional Público, os direitos de primeira geração, assim chamados devido à sua concepção historicamente anterior à dos demais direitos humanos atualmente reconhecidos pela comunidade internacional. Tais direitos encontram-se fundados eminentemente na proposta liberal e nos valores democráticos emergentes na segunda metade do século XVIII, que resultaram na reivindicação de liberdade da Revolução Francesa, e se referem às liberdades públicas, como a de locomoção, de pensamento, de reunião pacífica e de associação, de religião, à participação de eleições, igualdade perante a lei, juiz imparcial, presunção de inocência, proteção às minorias etc., proibindo, ademais, a privação arbitrária da vida, as torturas e as penas cruéis ou degradantes, a escravidão e o trabalho forçado, a detenção e ingerência arbitrária na vida privada, a instigação ao ódio racial e religioso etc. Justamente por advogar princípios de liberdade, é que se entende que os

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 44-45.

direitos em referência impõem uma conduta omissiva ao Estado, devendo este, antes de tudo, evitar interferir nas relações jurídicas estabelecidas com (e entre) os indivíduos, o que acabou estimulando muitos Estados a aderirem confortavelmente ao documento internacional em apreço, enquanto que outros sentiram dificuldades insuperáveis em fazê-lo, rejeitando-o completamente.

Por seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais busca atender ao grito de igualdade do lema da Revolução Francesa, recepcionando, assim, os direitos entendidos como de segunda geração, inspirados nas bases sociais da política do *Welfare State*. No aludido documento estão previstos, como o próprio nome deixa antever, três espécies de direitos, quais sejam: a) os direitos relacionados ao trabalho em condições justas e favoráveis (direitos econômicos); b) os relacionados à seguridade social e ao alcance de uma qualidade de vida adequada, levando em consideração o melhor nível de bem-estar físico e mental que se possa atingir (direitos sociais); e c) os que garantam educação e progresso científico com liberdade de escolha e em igualdade de condições (direitos culturais). Diferentemente do primeiro, o mencionado Pacto claramente impõe condutas positivas aos Estados, razão por que muitos deles julgaram inexecutáveis as suas proposições, enquanto que para outros foi mais fácil aceitá-lo²⁷.

O Estado brasileiro passou a ratificar os principais Tratados de Proteção dos Direitos Humanos a partir do processo de redemocratização, iniciado em 1985. Impulsionado pela Constituição de 1988 – que consagra os

²⁷ A esses dois conjuntos de direitos tutelados cada qual por um pacto internacional e por meio, como visto, de um processo de evolução histórica, somar-se-ia um novo, constituído pelos direitos ditos de terceira geração, inspirados, agora, na aclamação por fraternidade, ganhando força a partir da segunda metade do século XX, e completando o lema da Revolução Francesa. Tais direitos se caracterizariam, para efeito de sua proteção, na consideração do indivíduo não mais em sua própria singularidade, mas enquanto componente de um grupo, setor social ou coletividade, ainda que essa coletividade represente toda uma sociedade, exurgindo, ao lado do indivíduo (as mais das vezes, somente quando pessoalmente lesado), a legitimidade dos órgãos do Ministério Público para a promoção das ações coletivas pertinentes. São os direitos difusos (indivisíveis e de titularidade indeterminada), coletivos (indivisíveis e de titularidade determinável, e não determinada) e individuais homogêneos (divisíveis, mas de titularidade determinável), de que trata o art. 81, par. único, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, podendo-se exemplificar com o direito a um meio ambiente saudável, à moralidade administrativa, à proteção ao consumidor e, até, à paz. “*Trata-se, em verdade, do alargamento do horizonte daqueles direitos societários, ditos de segunda geração, de que cuida a parte final da Declaração de 1948, e fruto do pensamento ocidental vanguardista. Nesses casos, porém, o problema que se coloca atualmente é saber de quem se exigirá a garantia, em plano global, ao direito a um meio ambiente saudável, à paz ou ao desenvolvimento*”. (REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10. ed. Saraiva: 2006, p. 220-221).

princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana – o Brasil recomeça a inserir-se no cenário de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, ratificando vários tratados, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros.

Como visto, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, fixando parâmetros protetivos mínimos.²⁸

Em que pese sejam os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de Direito Internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.²⁹

Ao indicar as razões da preferência por um “Estado de direitos humanos”, ao invés da expressão “Estado de direitos fundamentais”, ensina Paulo Otero que *“Identificada a pessoa humana como o sujeito, o princípio e o fundamento do sistema jurídico e político da sociedade, encontrando-se na luta*

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 45.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

do homem pelo reconhecimento da sua humanidade e da humanidade dos seus semelhantes o sentido último da História, a expressão 'Estado de direitos fundamentais' revela-se demasiado ampla e vaga: a essência do Estado não está em garantir ou permitir a efectivação de direitos a quem não é pessoa humana, tal como sucede com as pessoas colectivas (públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, internas ou internacionais), antes se encontra essa essência na garantia dos direitos do ser humano. É em torno da pessoa humana que a sociedade se estruturou, o Estado encontra justificação e o Direito tem o seu referencial axiológico (...). A expressão 'Estado de direitos humanos' torna-se, por isso, mais rigorosa, em confronto com a expressão 'Estado de direitos fundamentais', excluindo o acessório e concentrando-se no essencial: o estatuto da pessoa humana como protagonista do Estado, do Direito e da História."³⁰

Feitas essas considerações, observe-se que, no caso do Estado brasileiro, dispõe o item 4 do artigo I (ou parágrafo 4º do artigo 1º) do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969³¹ –, incorporando ao ordenamento jurídico nacional (ainda no ápice da ditadura militar) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial³² –, o seguinte: *"Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos*

³⁰ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e institucionais*. Coimbra: Almedina, 2009, v. 1, p. 526-527.

³¹ Publicado no Diário Oficial da União em 10/12/1969, Seção I, p. 10536. *A tradição brasileira, considerando o histórico das Constituições anteriores, é no sentido de que a aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: I) celebração da convenção internacional; II) aprovação pelo Parlamento; III) ratificação pelo Chefe de Estado – a qual se conclui com a expedição de Decreto de que derivam três efeitos básicos: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional que, somente a partir desse momento, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.* (Cfe. excerto do voto do Min. Gilmar Mendes no RE nº 466.343, p. 5 - fl. 1139 - sítio oficial do STF).

³² De qualquer forma, o ato normativo respectivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”. O art. 2º, § 2º do mesmo estatuto também pontifica que “Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar, como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos a grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”.

O texto da norma convencional em referência é claro, não deixando qualquer margem de dúvida sobre terem sido autorizadas no Brasil as assim chamadas ações afirmativas (ou discriminações positivas) em matéria racial, desde que se destinem unicamente à promoção social de certos grupos que delas necessitem e tenham, igualmente, um caráter temporário, devendo cessar tão logo sejam alcançados os objetivos propostos no sentido do progresso daqueles que verdadeiramente se encontrem em situação de vulnerabilidade, a ponto de não prescindirem da adoção de tais medidas para o exercício igualitário de direitos fundamentais.

Note-se, portanto, que há quase cinquenta anos esse texto paira no ordenamento jurídico brasileiro, só vindo a lume, no entanto, muito recentemente (já sob a égide da Constituição de 1988), quando dos debates acerca da adoção das cotas raciais em universidades públicas, tornando-se uma realidade, como dito, somente no início deste século XXI. Não é pouco tempo, mas ainda calha perguntar se a referida norma que autoriza a adoção de tais medidas –, porquanto inserta em tratado internacional de direitos humanos, mesmo que ausente do catálogo de direitos constantes do art. 5º da Constituição da República brasileira –, pode ser considerada como veiculadora de direito fundamental dos indivíduos pertencentes aos grupos que necessitem dessa especial proteção.

1.1.2. Status normativo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e eficácia da norma veiculadora das discriminações positivas

Para responder à pergunta formulada no parágrafo precedente, esclareça-se, de início, que há diferença de regime entre os tratados³³ tradicionais e os de direitos humanos. Com efeito, os tratados internacionais clássicos visam, precipuamente, a estabelecer relações recíprocas entre os Estados-partes, a fim de que se mantenha um desejável equilíbrio entre eles, porquanto entes dotados de igual soberania. Já os tratados internacionais de direitos humanos (TITH) têm em mira a proteção da pessoa humana, transcendendo os interesses ligados meramente às prerrogativas estatais dos celebrantes. Em outras palavras, tal distinção consiste no fato de os tratados de direitos humanos serem "*dotados de especificidade própria e (...) requererem uma interpretação própria guiada pelos valores comuns (e) superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as partes*"³⁴.

Na Constituição brasileira de 1988, esse regime diferenciado pode ser extraído não só do disposto no art. 5º, § 2º³⁵, como também de seu art. 1º, III³⁶

³³ Anote-se que os tratados internacionais (incluídos os de direitos humanos) são nada mais do que acordos juridicamente obrigatórios e vinculantes, entre Estados, tal como definido no art. 2º, item 1, "a" da Convenção de Viena, em sua combinação com o art. 26 do mesmo diploma que diz: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé" (*pacta sunt servanda*). Como ensina Flávia Piovesan, citando Louis Henkin, "O termo 'tratado' é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo 'tratado', diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Carta ou Pacto) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)". (Cfe. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100).

³⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997, v. I, p. 444.

³⁵ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Trata-se (o § 2º do art. 5º da CF de 1988) de cláusula de abertura material, alargando o rol de direitos fundamentais para além dos previstos em seu texto, designadamente no catálogo constante do *caput* do referido art. 5º e seus 78 (setenta e oito) incisos, a demonstrar que a Constituição não pretendeu arvorar-se de um utópico poder de completude que a tornaria inflexível. Ao contrário, abriu-se para as constantes mudanças sociopolíticas determinantes do surgimento de novos direitos.

que positiva o princípio da dignidade da pessoa humana, donde o acolhimento, pelo texto magno, da dimensão universal dos direitos humanos, reforçada pelo disposto no art. 4º, II³⁷, a nortear o Brasil em suas relações internacionais. É por essa razão que parte expressiva da doutrina nacional especializada tem defendido a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos³⁸, sendo certo que os demais tratados internacionais, à luz do art. 102, III, “b”³⁹ da Constituição da República, possuiriam natureza infraconstitucional.

Com efeito, há quatro correntes doutrinárias que debatem a posição hierárquico-normativa assumida pelos tratados internacionais de direitos humanos, quando incorporados à ordem jurídica interna, a saber: a que advoga terem eles, tão só, força de lei ordinária; a que sustenta a natureza supralegal desses tratados; a que defende o seu *status* constitucional; e, finalmente, a que reconhece o caráter supraconstitucional dos referidos diplomas. Sem pretensão de esgotar o assunto, pois desbordaria do objeto da presente investigação, passa-se, a seguir, a discorrer, resumidamente, sobre cada uma dessas correntes, identificando a que foi admitida (até aqui) pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que se tenha a exata compreensão do enquadramento da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial no ordenamento jurídico brasileiro.

Pois bem. É assente na doutrina que, até meados da década de 1970, sob a égide de Constituições pretéritas, naturalmente, o STF posicionava-se no sentido da primazia dos tratados internacionais (ainda que sem acostar-se a qualquer daquelas correntes relativas à natureza hierárquico-normativa dos

³⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”

³⁷ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;”

³⁸ De maneira que, assim, os direitos (fundamentais) previstos na Constituição Federal poderiam ser classificados em 3 (três) grupos distintos: a) o dos direitos expressos na própria Constituição (de que são exemplos os incisos I a LXXVIII de seu art. 5º); b) o dos direitos implícitos (compreendendo os subtendidos nas regras de garantia, bem assim os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição); c) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. (Cfe. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114).

³⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;” (grifou-se).

tratados de direitos humanos, mesmo porque tal discussão, no Brasil, é bem mais recente), sendo certo que, em 1/6/1977, ao julgar o recurso extraordinário (RE) nº 80.004, a Suprema Corte modificou radicalmente o seu ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado (tradicional) por normas internas posteriores com força de lei ordinária.⁴⁰

O caso dizia respeito à lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias (Convenção de Genebra), promulgada pelo Decreto nº 57.663/1966, que colidia com o Decreto nº 427/1969, uma vez que este instituiria a obrigatoriedade do registro das notas promissórias em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Como tal obrigatoriedade não tivesse previsão na lei uniforme, o STF entendeu que havia aí uma antinomia jurídica e que a Convenção de Genebra não se sobrepunha às leis do país, aplicando o critério *lex posterior derogat priori* para considerar nula a nota promissória objeto da lide e, por conseguinte, o aval a ela apostado, livrando o avalista, ali recorrente, da respectiva obrigação cambiária.

Sucede que, transcorrido o período da redemocratização (iniciado com a anistia política do final da década de 1970), durante a década de 1980, e promulgada a Constituição Cidadã de 1988 (na feliz expressão do inolvidável Ulisses Guimarães⁴¹), os anseios se voltaram para o julgamento do *habeas corpus* (HC) nº 72.131⁴², sendo redator do acórdão o ministro Moreira Alves, onde se debateu acerca da suposta inconstitucionalidade superveniente da prisão civil do depositário infiel em sede de alienação fiduciária em garantia (tal como prevista no Decreto-Lei nº 911/1969), em face do disposto no art. 7º, item 7⁴³ do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Decreto nº 678/1992), que só prevê uma única espécie de prisão civil – a do devedor de alimentos –, e teria sido recepcionado pela novel

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

⁴¹ Advogado e político brasileiro de biografia exemplar, Ulisses Guimarães presidiu a Câmara dos Deputados durante a Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) e, por conseguinte, a promulgação da atual Constituição brasileira, tendo sido um dos líderes do movimento de redemocratização conhecido popularmente como “Diretas Já”, de 1984, que acelerou a derrocada da ditadura militar no ano seguinte.

⁴² Julgado pelo pleno do STF em 23/11/1995, por maioria, denegando a ordem.

⁴³ “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Constituição brasileira com *status* de norma constitucional, justamente em face do disposto no mencionado art. 5º, § 2º de seu texto.

Todavia, o STF acabou consolidando a tese do *status* de lei ordinária dos tratados internacionais, inclusive em matéria de direitos humanos, decidindo a questão, mais uma vez, por meio da aplicação de um dos critérios clássicos para solução de antinomias, no caso, o de que *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, considerando que a Convenção Americana, ao se incorporar ao ordenamento jurídico interno com força de lei ordinária, ainda que posterior ao DL nº 911/1969, não poderia derogá-lo, uma vez que este último se tratasse de diploma normativo de caráter especial em relação àquela, fazendo, assim, a Corte Suprema, *tabula rasa* da distinção de regimes entre os tratados clássicos e os tratados de direitos humanos, hoje majoritariamente prevalecente tanto na doutrina como na jurisprudência nacionais. Considerou, enfim, a Excelsa Corte, que o devedor-fiduciante infiel se enquadrava na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII⁴⁴ da Constituição Federal, nada interferindo na questão o disposto no art. 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica⁴⁵.

Um fato novo, contudo, levou o STF a revisitar o tema da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, no caso, a Reforma do Judiciário levada a efeito por obra e graça da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004⁴⁶, que criou o Conselho Nacional de Justiça, a par de introduzir inúmeras outras relevantes inovações no ordenamento jurídico pátrio, dentre elas o acréscimo do § 3º⁴⁷ ao art. 5º da Constituição. Com efeito, menos de um ano depois da promulgação da referida emenda, aportava na Suprema Corte, precisamente em 15/12/2005, o RE nº 466.343⁴⁸, em que se discutia, mais uma vez, a inconstitucionalidade superveniente da prisão civil do devedor-fiduciante, suscitando-se, desta feita, entre outros argumentos, a intenção do

⁴⁴ “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁴⁵ Manteve, pois, o Supremo Tribunal Federal, quanto ao grau de hierarquia normativa dos tratados internacionais, a mesma linha de interpretação adotada no julgamento do RE nº 80.004, ainda que ali não se discutisse matéria de direitos humanos.

⁴⁶ Publicada no DOU de 31/12/2004.

⁴⁷ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁴⁸ Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico da União (DJe) de 5/6/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

legislador constituinte reformador (com a introdução do § 3º ao art. 5º da CF/1988 pela EC nº 45/2004) de conferir, aos tratados de direitos humanos, a estatura de norma constitucional, numa forma de interpretação autêntica do disposto, originariamente, no sobredito § 2º do mesmo art. 5º, uma vez que tivesse estabelecido, para a aprovação dos tratados de direitos humanos, processo legislativo próprio das emendas constitucionais.

Todavia, como se discutisse, novamente, a validade da prisão civil do depositário infiel, tendo em vista a vedação estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos, tratando-se, portanto, de tratado internacional aprovado antes da EC nº 45 (cuja incorporação ao direito interno, evidentemente, não seguiu o processo legislativo próprio das emendas constitucionais nela previsto), o Supremo Tribunal Federal houve por bem modificar o seu posicionamento anterior, não mais equiparando, às leis ordinárias, os tratados internacionais sobre direitos humanos, mas deixando de lhes atribuir a esperada estatura constitucional. Ao invés disso, a Corte passou a conferir hierarquia supralegal (porém, infraconstitucional) aos tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido incorporados pela forma estabelecida na EC nº 45, o que significa dizer, segundo o novo posicionamento do STF, que estes tratados prevalecem sobre a legislação interna, ressalvada apenas a própria Constituição⁴⁹.

Logo, eles não passariam a integrar o bloco de constitucionalidade⁵⁰, já que se situariam em patamar hierárquico inferior ao da Constituição, tendo o

⁴⁹ Assim sendo, concluiu o Supremo Tribunal Federal que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas deixou de ter aplicabilidade, diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, aí incluído não só o disposto no art. 4º do DL 911/1969, como também no art. 904, parágrafo único do Código de Processo Civil (revogado); no § 3º do art. 666 do mesmo CPC e, ainda, no art. 652 do Código Civil em vigor, sendo ilícita, portanto, a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (Cfe. RE nº 466.343, acórdão citado, ementa e p. 26-27).

⁵⁰ Tal conceito é originário do Direito Constitucional francês. O Conselho Constitucional da França, em decisão proferida em 1971, afirmou que, como o preâmbulo da Constituição do país, promulgada em 1958, se refere à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e ao preâmbulo da Constituição de 1946, estes textos também se teriam incorporado à ordem constitucional vigente. Logo, entende-se por bloco de constitucionalidade o conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional em um determinado ordenamento, de maneira que, ainda que tais normas não figurem no documento constitucional, podem servir como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade (Cfe. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de;

direito brasileiro, com isso, se aproximado, quanto ao tema, dos ordenamentos alemão e francês que dispõem, respectivamente, que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal” (Lei Fundamental de Bonn, art. 25) e que “os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte” (Constituição Francesa, art. 55).⁵¹

A despeito de não ter sido contemplada pelo STF, a corrente que surgiu com maior força no campo dos debates acerca do grau de hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil foi a esgrimida por Antônio Augusto Cançado Trindade⁵², sustentando que os tratados internacionais de direitos humanos adotados no Brasil não poderiam deixar de ter hierarquia constitucional⁵³. Segundo ele, a novidade do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção dos direitos humanos em que o Brasil é parte, sendo que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano projetam-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista⁵⁴.

Na mesma linha, o magistério de Flávia Piovesan, para quem a Constituição da República promulgada em 1988 recepcionou os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos integram e complementam o catálogo

SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 44).

⁵¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 47.

⁵² Que foi Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e hoje integra a Corte Internacional de Justiça em Haia.

⁵³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Rio de Janeiro: Arquivos de Direitos Humanos, 1999, v. 1, p. 3-55.

⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional atribuído aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação vai ao encontro do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê⁵⁵. Para essa corrente, o Brasil se refunda, por meio da CF/1988, em Estado de direito social e democrático, estando claro, na dicção de seu art. 5º, § 2º, o propósito do legislador constituinte de se abrir ao crescente e inexorável processo de internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

Porém, a tese do *status* hierárquico-normativo constitucional não vingou no Supremo Tribunal Federal, prevalecendo, por maioria, a corrente da supralegalidade⁵⁶, ainda que, no aludido julgamento proferido no RE nº 466.343, tivesse havido consenso entre os ministros da Suprema Corte sobre não mais se equipararem os tratados tradicionais aos tratados de direitos humanos, na medida em que os direitos veiculados nestes últimos constituam concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), valor fundante e condicionador da própria ordem político-jurídica do Estado brasileiro.

Tal interpretação da Excelsa Corte ainda tem rendido severas críticas, mormente pelo fato de a solução encontrada não ter afastado séria contradição consubstanciada na criação de “*um duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos (natureza constitucional para os que foram aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º da CF e natureza supralegal para os que não o foram) que ofende a lógica e a racionalidade material que devem orientar a*

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 58.

⁵⁶ Tem-se, ainda, a tese da supraconstitucionalidade cujo mentor, no Brasil, foi o saudoso internacionalista Celso Duvivier de Albuquerque Mello, para quem os tratados internacionais de direitos humanos preponderariam quando confrontados com o texto constitucional, e nem mesmo as emendas à Constituição poderiam revogá-los. Adepto da teoria monista, ele explicava que os Estados não existiriam fora do contexto internacional, isto é, sem o reconhecimento das outras nações, de maneira que a própria soberania estatal seria relativa, estando subordinada ao Direito Internacional Público. (Cfe. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo - Org. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20). Tal teoria, apesar de seu apelo universalista, não encontrou maior guarida no país, dado o consenso de que é a Constituição de cada Estado, e não o Direito Internacional, que estabelece quais as regras de incorporação dos tratados internacionais ao direito interno.

*hermenêutica dos direitos humanos*⁵⁷. Com efeito, após o advento da emenda constitucional nº 45 – que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, tornando os tratados internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados pelo *quorum* qualificado ali estabelecido –, somente a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência⁵⁸ (e respectivo Protocolo Facultativo) foi incorporada ao ordenamento na conformidade da nova regra, a evidenciar uma esdrúxula situação em que, por exemplo, os direitos fundamentais subsumidos na Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada em 1990) são colocados em patamar inferior aos direitos dos deficientes físicos.

Ora, no entender de Celso Lafer, o parágrafo 3º do art. 5º (acrescido pela EC nº 45/2204) pode ser considerado como uma lei interpretativa, destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º daquele mesmo artigo, uma vez que, de acordo com a opinião tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente⁵⁹. Demais disso, a Emenda Constitucional nº 45/2004 não fez qualquer ressalva quanto aos tratados sobre direitos humanos anteriores à sua promulgação, os quais foram concluídos mediante processo simples, valendo lembrar que há quem defenda a possibilidade de os tratados sobre direitos humanos ratificados antes da CF/1988 poderem valer-se do procedimento previsto no § 3º do art. 5º para se tornarem formalmente constitucionais⁶⁰.

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129. Observe-se que passaram a coexistir três situações bem definidas acerca dos tratados de direitos humanos: a) a dos ratificados antes da CF/1988, em que se enquadra a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; b) a dos ratificados entre a promulgação da CF/1988 e a superveniência da EC nº 45/2004; c) a dos ratificados depois da EC nº 45/2004. Todavia, a ideia de um duplo estatuto é correta, na medida em que não há diferença substancial ou de forma entre os tratados compreendidos em “a” ou “b”, no tocante ao grau de hierarquia normativa, dada a recepção dos primeiros, por força do disposto no art. 5º, § 2º da CF; isto é, a novidade e o marco estão em “c”, não havendo que se falar, portanto, em um triplo estatuto.

⁵⁸ Aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do decreto legislativo nº 186/2008, e posteriormente promulgada pelo decreto (presidencial) nº 6.949/2009.

⁵⁹ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Monole, 2005, p. 16.

⁶⁰ Cfe. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 695.

Para os críticos da mencionada decisão da Suprema Corte, absolutamente todos os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados até hoje no Brasil deveriam ter natureza constitucional, e não somente a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo, integrando, todos eles, o bloco de constitucionalidade, sem importar que os tratados dessa espécie tenham sido ratificados antes ou depois da Constituição de 1988, ou, ainda, posteriormente à promulgação da EC nº 45 de 2004, isto porque o direito brasileiro adotou a teoria geral da recepção.

Com efeito, o exercício do poder constituinte importa em uma ruptura com a ordem jurídica anterior. Contudo, por questões de ordem prática, faz-se necessário que haja certa continuidade do ordenamento estatal, evitando-se o caos e a insegurança jurídica que adviriam de um vazio normativo geral, a ser preenchido apenas por normas editadas após o surgimento da nova Constituição. Com efeito, a teoria da recepção visa a conciliar essa tensão entre rompimento e continuidade, de modo que as normas jurídicas anteriores a uma Constituição, não incompatíveis com ela, continuariam a vigorar depois de seu advento, mas agora com outro fundamento de validade: não mais a Constituição vigente quando da edição da norma recepcionada, e sim a novel Constituição.⁶¹

Nesse sentido, a clássica lição de Hans Kelsen: *“Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente (...). O que existe não é criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por outra; tal como (...) a recepção do Direito romano pelo Direito alemão. Mas também essa recepção é produção do Direito. Com efeito, o imediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição (...) já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas apenas o pode ser a nova. O conteúdo destas normas*

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 557.

permanece na verdade o mesmo, mas o seu fundamento de validade (...) mudou.”⁶²

No caso, os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes da promulgação da CF/1988 teriam sido recepcionados por força do disposto no seu art. 5º, § 2º que diz (não custa lembrar): *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*, não havendo dúvida acerca de sua compatibilidade com a nova Constituição, pródiga na apresentação de extenso catálogo de direitos fundamentais que se entrelaçam com os valores protegidos no âmbito internacional, com a finalidade sempre precípua de limitação do poder caracterizadora do Estado de direito, designadamente na democracia brasileira que adotou, como princípio fundamental, a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (CRFB, art. 4º, II).

Por outro lado, no que concerne aos tratados de direitos humanos ratificados posteriormente à promulgação da CF/1988, mas antes do advento da EC nº 45/2004, teriam sido recepcionados como emendas constitucionais por força do disposto no art. 5º, § 3º da Constituição que diz: *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*, ocorrendo aí o mesmo fenômeno que se deu com o Código Tributário Nacional, editado em 1966 como lei ordinária (Lei nº 5.172), em época que sequer existia a figura constitucional da lei complementar, mas recebido pelas Constituições de 1967 e 1988 como se lei complementar fosse, já que seu conteúdo, em grande medida, era compatível com os novéis estatutos constitucionais.

Mas, se determinada norma não servir de parâmetro para a fiscalização de constitucionalidade, não se pode dizer que componha o bloco de constitucionalidade, sendo este o caso, segundo a visão do STF, de todos os tratados internacionais em matéria de direitos humanos adotados pelo Brasil, à exceção, como dito, da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência

⁶² Kelsen, Hans; João Baptista Machado (Trad.). *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 146-147.

e seu respectivo Protocolo Facultativo⁶³. O fato é que razões de ordem prática motivaram esse posicionamento da Suprema Corte brasileira, capitaneado pelo ministro Gilmar Mendes, o qual expressou a preocupação de que, uma vez prevalecendo a tese do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, se estaria produzindo uma atomização das normas constitucionais, servindo todas elas como parâmetro para o controle de constitucionalidade, donde o grave ônus à segurança jurídica, preocupação essa que foi compartilhada pela maioria plenária da Suprema Corte⁶⁴.

Em assim sendo, a despeito das substanciosas críticas, é extrema de dúvida que se não reconhece, atualmente, à Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (a despeito de estar inserida na especial categoria dos tratados de direitos humanos) o caráter constitucional das normas por ela veiculadas, vez que ratificada anteriormente à Constituição de 1988, não se tendo submetido ao processo legislativo próprio das emendas constitucionais⁶⁵. Contudo, devido ao seu caráter supralegal, assim como o de todos os outros tratados de direitos humanos (com exceção dos internalizados na forma do § 3º do art. 5º da Constituição da República, que se alçam ao bloco de constitucionalidade), ficam sujeitos a um especial controle (difuso) de “supralegalidade” todas as leis e atos normativos vigentes, de maneira que, se forem incompatíveis com a referida convenção, devem perder a validade, o que corresponde, no plano formal, à revogação, como sucedeu com o aludido caso do depositário infiel (em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos), cuja prisão civil foi tornada inválida em todas as hipóteses

⁶³ Para os maiores críticos dessa orientação, contudo “...na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela” (Cfe. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129).

⁶⁴ RE nº 466.343, fl. 1266.

⁶⁵ Lembrando, como dito alhures, que ainda estão abertas as discussões sobre ser juridicamente possível submeter os tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 ao processo legislativo próprio das emendas constitucionais, alçando-lhes, assim, ao bloco de constitucionalidade.

legais, atingidas pela “eficácia paralisante” (no dizer do ministro Gilmar Mendes) irradiada pelo referido TITH, como anteriormente mencionado⁶⁶.

No entendimento da Suprema Corte brasileira, portanto, não se extrairia diretamente do texto da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, um direito fundamental às discriminações positivas (em matéria racial). Demais disso, ainda que se aceitasse o caráter materialmente fundamental de suas disposições, como o faz parte respeitável da doutrina nacional especializada (colocando, assim, os tratados internacionais de direitos humanos no bloco de constitucionalidade), outra questão a enfrentar, a propósito das ações afirmativas, seria o grau de eficácia do supratranscrito § 4º do art. 1º em sua combinação com o § 2º do art. 2º da Convenção (Decreto nº 65.810/1969), na medida em que tal norma apenas autorize o Poder Público a adotar, em caráter temporário, medidas destinadas à promoção social de certos grupos de indivíduos historicamente estigmatizados e preteridos em razão de sua raça. É dizer: ainda que se enxergue em tal autorização um dever do Estado (previsto no bloco de constitucionalidade), aquela norma que o veicula teria aplicabilidade direta e imediata?

Pois bem. Nos primórdios da República brasileira, Ruy Barbosa reproduziu e adaptou a doutrina norte-americana concernente ao problema da eficácia das normas constitucionais, dividindo-as em autoaplicáveis (*self executing*) e não autoaplicáveis (*non self executing*), sendo que na década de

⁶⁶ Saliente-se que, para além da discussão acerca da natureza hierárquico-normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos, têm ganhado espaço doutrinas que propõem a completa substituição de um conceito estrito de direitos fundamentais por um conceito mais abrangente, que os reconheça coexistindo num plano extraconstitucional. Para tanto, na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos vigeria o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas de violações ou aos titulares de direitos humanos, segundo o qual, em caso de concorrência entre duas ou mais normas protetivas de direitos humanos, deve-se aplicar, no caso concreto, aquela que melhor proteja os direitos das vítimas de violações. (Cfe. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos e garantias fundamentais: interpretação jusfundamental “pro homine”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2008, p. 56). Acontece que o critério da primazia da norma mais favorável ou da interpretação “pro homine” é suficiente para as disposições concorrentes, porém não para as conflitantes. É o que aponta Carvalho Ramos ao indagar sobre como se poderia falar em primazia da norma mais favorável ao indivíduo no caso da lei de anistia brasileira. Qual seria o indivíduo favorecido: o beneficiado pela anistia penal ou a vítima e seus familiares que clamam pelo direito de acesso à justiça penal? Respondendo ele que, nestas hipóteses, deve entrar em cena a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade. (Cfe. RAMOS, André de Carvalho. *O supremo tribunal federal e o direito internacional dos direitos humanos*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang - Org. *Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30-31).

1950, refletindo as lições de Vezio Crisafulli, Meirelles Teixeira apresentou sua crítica à doutrina de inspiração norte-americana, que não contemplava aspectos relevantes, dentre os quais: a ingerência do legislador no cumprimento de normas ditas autoexecutáveis, o reconhecimento de efeitos às normas ditas não autoexecutáveis e a existência de situações intermediárias entre um extremo e outro. Propôs, assim, a classificação das normas constitucionais em duas categorias distintas: a) normas de eficácia *plena* e b) normas de eficácia *limitada* ou *reduzida*, dividindo estas últimas em normas *programáticas* e normas de *legislação*⁶⁷.

Luís Roberto Barroso salienta, a esse respeito, ter se tornado clássica no Brasil, no final da década de 1960, a obra de José Afonso da Silva – *Aplicabilidade das normas constitucionais* – (que aprofunda os trabalhos dos citados Vezio Crisafulli e Meirelles Teixeira sobre o assunto), atribuindo às ditas normas, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, uma classificação tricotômica, qual seja: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos⁶⁸. Entretanto, ao longo dos anos, tal classificação foi recebendo

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235. Comentando as explicações de Meirelles Teixeira, diz o autor, em nota, que “...as normas de eficácia plena são aquelas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. As de eficácia limitada ou reduzida são as normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário. E quanto às normas programáticas e de legislação, as primeiras, versando sobre matéria eminentemente ético-social, constituem, verdadeiramente, programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.), assinalados ao legislador ordinário. Já quanto às normas de legislação, seu conteúdo não apresenta essa natureza ético-social, mas inserem-se na parte de organização da Constituição, e, excepcionalmente, na relativa aos direitos e garantias (liberdades)”.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 236. Esclarece o mesmo autor, que “De acordo com essa formulação, normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação. Normas de eficácia contida (...) são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios

diversas críticas, sendo uma das mais consistentes a formulada por Luís Virgílio Afonso da Silva, segundo a qual, em suma, haveria impropriedade na alusão a normas de eficácia plena, ao menos no campo dos direitos fundamentais, uma vez que não há direitos absolutos e, por isso, todas estão sujeitas a restrições, sejam as decorrentes da atuação do legislador, sejam as que resultarão de sopesamentos feitos pelo intérprete. Ademais, se todos os direitos são restringíveis, a segunda espécie de normas – as de eficácia contida – não tem razão de existir como categoria autônoma, anotando, por fim, que todos os direitos dependem de atuações estatais, meios institucionais e condições fáticas e jurídicas para se realizarem, de maneira que tampouco se justifica a identificação de normas de eficácia limitada, porque todas o são⁶⁹.

O citado professor e ministro do STF traz a lume, ainda, o fato de que o tema da eficácia (e do próprio papel) das normas constitucionais voltou ao centro do debate acadêmico pela pena do autor português J. J. Gomes Canotilho, por meio de sua tese de doutoramento, publicada em 1982, sob o título “*Constituição dirigente e vinculação do legislador*”, em cuja obra difundiu a ideia de Constituição dirigente, “*entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições*”, e que envolve a complexa ambição de constitucionalização da política, tendo como núcleo essencial do debate as relações entre o constituinte e o legislador ou, nas palavras do autor: “*o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais*”, lembrando que o próprio Canotilho, bem adiante, veio a formular crítica severa sobre o seu trabalho em artigo intitulado “*Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um*

normativos (leis, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorreria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com ela incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional”.

⁶⁹ Op. cit., p. 238.

constitucionalismo moralmente reflexivo”, texto que foi incorporado a uma reflexão mais ampla, contida no prefácio da segunda edição da “*Constituição dirigente e vinculação do legislador*”, de 2001⁷⁰. Ao fim e ao cabo, Roberto Barroso conclui que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, em maior ou menor intensidade, e que elas são aplicáveis nos limites de seu teor objetivo, tendo o autor, ele mesmo, se dedicado ao tema⁷¹, no sentido de saber se os efeitos potenciais da norma se produzem de fato –, enfoque a que a doutrina não teria dado especial atenção –, na medida em que o Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo⁷².

No caso do art. 1º, § 4º c/c art. 2º, § 2º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial – ainda que admitido compusesse o bloco de constitucionalidade –, não há uma imposição ao legislador ordinário do dever de editar norma regulamentadora, de maneira que se não poderia falar em direito subjetivo constitucional de grupos raciais eventualmente desfavorecidos (ou dos indivíduos a eles pertencentes), inserindo-se, pois, as ações afirmativas, no âmbito da liberdade de conformação do legislador. E, mesmo que se advogue poder-se extrair de tal

⁷⁰ Idem, p. 238-239. O autor também adverte, em nota, que “*É bem de ver, no entanto, que a Constituição portuguesa de 1976 trazia em si uma ideologia, um projeto específico de poder, de inspiração socialista. Esse jamais foi o caso da Constituição brasileira de 1988, que desde a sua origem abrigou um modelo pluralista. Não se pode assim, a rigor, dar à expressão Constituição dirigente o mesmo sentido em Portugal e no Brasil*”.

⁷¹ Referência a um artigo seu, de 1985, “*A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?*” e à sua tese de livre-docência, de 1988, intitulada “*A força normativa da Constituição. Elementos para a efetividade das normas constitucionais*”.

⁷² Ibidem, p. 239. Entendendo, hoje, haver sido alcançado o objetivo vislumbrado por ele e sua geração –, consistente em dar ao direito constitucional brasileiro um sentido normativo, a partir da substituição de uma linguagem meramente retórica por um discurso substantivo, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Constituição, e para cujo êxito a produção acadêmica teve um papel destacado –, Barroso adverte, todavia, que “*...não se deve ter a ingenuidade – ou, mais grave, a pretensão – de supor que a realidade se transforme drasticamente porque assim se escreveu ou desejou. Os processos históricos amadurecem e eclodem na sua hora. O dia amanhece, simultaneamente aos muitos cantos que o anunciam, mas por desígnio próprio*” (p. 240). De qualquer forma, “*Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição (...). A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania*” (p. 245-247).

norma uma obrigação subjacente do Poder Público, de um modo geral, para atuar quando identificada, no plano fático, uma real situação de vulnerabilidade de tais grupos de indivíduos, a ponto de não prescindirem da adoção de medidas tendentes a discriminações positivas, para a garantia do exercício igualitário de direitos fundamentais, o STF não admitiria a propositura do mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI⁷³) ou da ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º⁷⁴), por não reconhecer, como visto, dignidade constitucional aos preceitos da sobredita Convenção.

Por tudo isso, as ações afirmativas em matéria racial –, as quais não foram consagradas no texto originário da Constituição da República brasileira e, segundo o STF, não integram o bloco de constitucionalidade, apesar de previstas em tratado internacional de direitos humanos –, têm sido discutidas no Brasil como corolário do princípio da igualdade (material), o que será analisado mais adiante, não sem antes fazer-se uma abordagem resumida das experiências da Índia e dos Estados Unidos da América, que têm em comum com o Brasil o fato de serem países democráticos e apresentarem diversidade étnico-racial, a par de seus vastos territórios e contingentes populacionais⁷⁵.

1.2. O experimento indiano

As ações afirmativas destinam-se também a aplacar os efeitos da discriminação de gênero, de origem, de idade, de sexualidade etc., não se limitando a favorecer tão somente grupos raciais excluídos⁷⁶. Mas a sua

⁷³ “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

⁷⁴ “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁷⁵ O Brasil é o 5º maior país do mundo em extensão territorial e em população (com mais de 8,5 milhões de km² e 200 milhões de habitantes, respectivamente), enquanto os EUA possuem o 4º maior território e a 3ª maior população (com mais de 9 milhões de km² e 300 milhões de habitantes, respectivamente) e a Índia ocupa a 7ª posição em termos territoriais e a 2ª em termos populacionais (com mais de 3 milhões de km² e 1,2 bilhão de habitantes, respectivamente).

⁷⁶ Joaquim Barbosa define, sinteticamente, as ações afirmativas como “...políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”, citando como modalidades de ação afirmativa a previsão contida no artigo 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a

origem, pelo menos do que hoje se concebe como ações afirmativas, teve em conta a matéria étnico-racial e remonta à Índia, a quem se deve o pioneirismo na adoção de políticas de “discriminação positiva”⁷⁷, muito embora se possa dizer que uma experiência precursora tenha ocorrido em 1830 como a primeira política oficial de preferências a uma minoria racial, adotada pelo governo norte-americano, em favor dos índios nativos, os quais passaram a ter prioridade na contratação para o *Bureau of Indian Affairs* (Agência para as Questões dos Índios)⁷⁸. Contudo, a expressão “ação afirmativa” (*affirmative action*) foi cunhada em documento oficial nos Estados Unidos da América pela Lei Nacional das Relações de Trabalho de 1935, requerendo dos empregadores que empreendessem “ação afirmativa” para garantir aos empregados livre escolha por votar ou não para serem representados por um sindicato⁷⁹, sendo certo que só a partir da década de 1960 (sob a administração Kennedy) é que o termo passou a ser utilizado dentro de um contexto de luta pelos direitos civis⁸⁰.

O fato é que, na Índia (diferentemente dos EUA ou do Brasil)⁸¹, a sua Constituição, a par de proibir discriminações em virtude de raça e casta –, assim

Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984 (com reservas na área do direito de família retiradas em 1994), além das leis federais nº 9.100/1995 e 9.504/1997 (que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as eleições); a par da medida prevista na lei federal nº 8.112/1990, em benefício dos deficientes físicos, consubstanciada na reserva de vagas em concursos públicos, regulamentando o disposto no art. 37, VIII da Constituição Federal que a prevê expressamente. (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. In: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/BID/UNESCO, 2005, p. 53 e ss.).

⁷⁷ SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Com prefácio do autor para a edição brasileira. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 40.

⁷⁸ SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Com prefácio do autor para a edição brasileira. *Op. cit.*, p. 154.

⁷⁹ SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). *Op. cit.*, p. 162. Segundo o autor cubano Carlos Moore Wedderburn, no entanto, o “conceito” de *affirmative action* surgiu na Índia, logo após a I Guerra Mundial, antes, portanto, da própria independência do país, quando “Em 1919, Bhimrao Ramji Ambedkar (1891-1956), jurista, economista e historiador, membro da casta ‘intocável’ Mahar propôs, pela primeira vez na história, e em pleno período colonial britânico, a ‘representação diferenciada’ dos segmentos populacionais designados e considerados como inferiores”. (WEDDERBURN, Carlos Moore. *Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações*. In: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/BID/UNESCO, 2005, p. 314).

⁸⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169.

⁸¹ Em que não há previsão constitucional expressa no sentido da legitimação das chamadas ações afirmativas.

como de sexo, religião e local de nascimento –, também ressalva, de maneira expressa⁸², que tal proibição não deve impedir que o Estado adote medidas especiais com vistas ao progresso social e educacional de classes atrasadas de cidadãos ou de certas castas e tribos específicas, positivando, assim, as ações afirmativas em matéria étnico-racial dentro do catálogo de direitos fundamentais ali previstos. A esse respeito, em palestra proferida no Supremo Tribunal Federal (do Brasil), aonde viera comentar a prática do controle de constitucionalidade na Índia, nos dias de hoje, o então presidente da Suprema Corte daquele país, Juiz Konakuppakatil Gopinathan Balakrishnan (K. G. Balakrishnan)⁸³, explicava que essa foi uma escolha política relacionada com o ideal de justiça social, onde os redatores da Constituição incluíram a garantia de igual proteção perante a lei no seu art. 14, mas permitiram também (no art. 15) um “tratamento diferenciado”, a fim de “promover os interesses dos segmentos historicamente destituídos que passaram a ser conhecidos como *Scheduled Castes* (SC) – castas específicas e *Scheduled Tribes* (ST) – tribos específicas”, tendo as políticas de “ação afirmativa” tomado a forma de “garantias de lugares em assembleias legislativas, no funcionalismo público e em instituições de ensino⁸⁴”.

Por certo, a divisão da sociedade em castas, baseada em uma tradição milenar hindu, contribuiu para que a Índia⁸⁵ fosse o berço da ação afirmativa. Na prática, as castas nada mais são do que grupos sociais hereditários, onde

⁸² Na conformidade do art. 15 (4) da Constituição indiana (promulgada em 26/11/1949), com redação dada pela Emenda nº 1, de 1951, cujo texto reza o seguinte: “*Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes*”. Disponível em: <<http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf>>.

⁸³ Um descendente de “intocáveis”.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Control_de_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf>. Na ocasião, o mencionado *Chief Justice* também lembrou que “o artigo 15 (da Constituição indiana) forma a base das políticas de ação afirmativa”.

⁸⁵ Como pontua Demétrio Magnoli, porém, é preciso compreender que “*Antes dos britânicos, não havia uma Índia unificada. O império Mogul, governado por soberanos islâmicos de origem persa, estabeleceu-se na Índia Setentrional, por todo o vale do Ganges, no início do século XVI. O Taj Mahal foi erguido por ordem do imperador Shah Jahan, entre 1630 e 1653. A expansão imperial alcançou seu ápice cerca de meio século mais tarde, quando o poder do imperador Aurangzeb estendia-se pela maior parte da Índia, mas não abrangia o Punjab, os estados do Nordeste e o território dos soberanos Maratas, no Oeste. No século XVIII, o declínio e retração Mogul, sob o impacto da revolta dos estados hindus, abriu caminho para a colonização britânica*” (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 283).

cada integrante só deve casar-se com pessoas do próprio grupo. Todavia, de acordo com Demétrio Magnoli, elas constituem um elemento central da religião hindu, articulando-se em torno da noção de pureza, não de um indivíduo, em seu ciclo biológico de vida, porém de algo mais complexo, expresso na crença do carma, onde o corpo perece, mas a alma permanece e se transmite através das gerações. De qualquer modo, esse sistema indiano não guarda correlação com as classes sociais ocidentais⁸⁶, na medida em que a origem do indivíduo – brâmane, xátria, vaixá (vaisa) ou sudra – não se vincula à sua condição financeira ou orientação política⁸⁷.

Conforme Carlos Moore, o termo “casta” – que dá nome a todo esse complexo sistema – originar-se-ia da palavra *varna* que, em sânscrito, dialeto ariano, é traduzido, literalmente, como “cor da pele”, de modo que se trata de um sistema de “opressão sócio-racial-religioso de natureza *pigmentocrática* baseado em uma extraordinária atomização da sociedade em segmentos hierárquicos hermeticamente fechados e desiguais”. E foi justamente visando a romper esse sistema milenar que Ambedkar apresentou, no ano de 1919, ao *Southborough Committee on Franchise*, órgão colonial britânico, a “Demanda pela representação eleitoral diferenciada em favor das classes oprimidas” (*Plea*

⁸⁶ É certo, todavia, que os colonizadores britânicos interpretaram esse arcaico sistema de castas como um sinal de *status* social e, evidentemente, o manipularam para obter apoio entre lideranças regionais, não se podendo afastar a hipótese de que as futuras medidas de favorecimento de algumas minorias viessem a ser utilizadas como parte de uma estratégia política para fortalecer o seu domínio. De maneira que, para a metrópole, fazia sentido confundir as castas com classes sociais nas apurações censitárias, o que, por certo, viria a ser assimilado, de algum modo, pela Índia colonial e, depois, pelo Estado soberano.

⁸⁷ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 280. Segundo classificação usualmente aceita, a casta dos *brâmanes* seria integrada pelos sacerdotes e filósofos; a dos *xátrias*, pelos guerreiros e governantes; a dos *vaixás* (ou *vaisas*), pelos comerciantes, e a dos *sudras*, pelos camponeses, servos e operários, sendo esta última uma casta inferior que deve servir às três outras classes, consideradas superiores. “Porém, ao longo do tempo esse sistema se tornou mais complexo – há cerca de 4000 castas – com a criação de múltiplas castas subalternas fora do sistema formal, designadas ‘intocáveis’ (*dalits* e *advasis*). Essas, conforme a religião hindu, por serem ‘poluídas’ devem obediência e sujeição a todas as demais castas, inclusive à casta inferior, *shudra*. Por fim, há ainda as populações tribais, conhecidas como ‘tribos estigmatizadas’, que vivem fora do sistema de castas, relegadas ao último estágio de inferioridade. É importante ressaltar que as populações classificadas como ‘inferiores’, ‘intocáveis’ ou ‘estigmatizadas’ pertencem ao povo dravídio, população autóctone de pele preta”. (Cfe. WEDDERBURN, Carlos Moore. *Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações*. In: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/BID/UNESCO, 2005, p. 314-315).

for separate electorate for the depressed classes), o documento fundador das políticas públicas de ação afirmativa⁸⁸.

Ainda segundo o citado autor, tal ato – a demanda pela representação eleitoral diferenciada –, opôs, no início, Gandhi a Ambedkar, gerando uma polêmica exacerbada na Índia que, *mutatis mutandis*, permaneceria até os dias hodiernos. É que Mahatma Mohandas Ghandi (1869-1948), o grande promotor da luta antibritânica pela independência, pertencia à “casta superior” dos brâmanes (*brahmin*)⁸⁹, enquanto o não menos importante pensador e militante nacionalista dravídeo, B. R. Ambedkar (1891-1956) era líder dos *dalits* e *adivasis* (e, portanto, um intocável). Ghandi era fervorosamente contra as *reservations*, e insistiu que qualquer tentativa de mudar o *status quo* das castas, mediante mecanismos de ação voluntaristas, dividiria o país, levando à guerra civil entre as castas superiores e as inferiores, o que causaria, inevitavelmente, o massacre destas últimas. Ele subordinava a libertação das “castas inferiores” à própria independência da Índia e ameaçou suicidar-se em público, caso a Grã-Bretanha adotasse esse mecanismo (das ações afirmativas) em favor dos “intocáveis”⁹⁰.

Por sua vez, Ambedkar argumentava que seria impossível dismantelar o sistema de castas sem a adoção de medidas específicas que favorecessem a ascensão e mobilidade social dos três segmentos sociais oprimidos, todos eles constituídos por dravídios, quais sejam o da casta “inferior” e dos “intocáveis”, a par das “tribos estigmatizadas” (*scheduled tribes*), que representavam cerca de 60% (sessenta por cento) da população⁹¹. Mais tarde, como os dirigentes

⁸⁸ WEDDERBURN, Carlos Moore. *Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações*. Op. cit., p. 315.

⁸⁹ Consoante Demétrio Magnoli, Gandhi pertencia à casta dos vaisas (*Vaishyas*) ou vaixás.

⁹⁰ WEDDERBURN, Carlos Moore. Op. cit., p. 315.

⁹¹ Mesmo temendo as conseqüências políticas da morte de Gandhi (que estava sob sua custódia na prisão de Pune, no território indiano, e iniciara a citada greve de fome, em 20/9/1932), o governo britânico afastou-se das negociações sob a alegação de que elas diziam respeito unicamente aos intocáveis e hindus. Com isso, Ambedkar foi colocado em uma posição extremamente delicada, isto é, tornou-se a única pessoa que poderia salvar a vida do Mahatma caso renunciasse às reservas. Ambedkar interpretou o ato de Gandhi como uma chantagem que o fez abdicar das conquistas obtidas após mais de uma década de negociações com os ingleses. O resultado do acordo entre Gandhi e Ambedkar foi o *Poona Pact* (subscrito em 24/9/1932), frequentemente interpretado como uma grande derrota para o líder dos *Dalits*, porque – a despeito de o acordo ter promovido o acréscimo do número de legisladores “intocáveis” (de 78 para 148 assentos nos conselhos provinciais, além de eles receberem 18% das vagas na Assembleia Central), uma concessão que Gandhi aceitou fazer

nacionalistas (reunidos no Partido do Congresso) precisassem do apoio de todos os indianos para alcançar a independência da nação, o que viria a ocorrer em 1947, viram-se obrigados a ceder a várias exigências de Ambedkar, o qual reivindicava a inclusão de instrumentos de ação afirmativa na Constituição da Índia independente. Os nacionalistas foram, então, compelidos a delegar ao próprio dirigente *dalit* a tarefa de redigir a parte da Constituição referente a essas questões, o que levou à abolição da “intocabilidade”, à proibição da discriminação com base na “raça, casta e descendência” e à instituição de um sistema de ações afirmativas, chamado de “Reservas” ou “Representação Seletiva”, nas assembleias legislativas, na administração pública e na rede de ensino.⁹²

Na verdade, a ausência de Gandhi – que fora assassinado por um extremista hindu, em janeiro de 1948, quando estava em pleno funcionamento a Assembleia Constituinte –, acabou facilitando o acordo entre Ambedkar e a maioria, ligada ao Partido do Congresso, para a introdução das cláusulas de discriminação positiva. O Partido do Congresso era liderado pelo primeiro-ministro Jawaharlal Nehru, que governaria o país por quase duas décadas, e o ministro da Justiça de seu governo era justamente Ambedkar, o arquiteto da Constituição, que representava a “Federação das Castas Identificadas”. Nas discussões durante a Constituinte, Nehru e a maioria de seus seguidores de partido não se opuseram à discriminação positiva, porque, de um lado, a maioria desejava livrar-se do estigma de representantes dos hindus de casta – uma acusação frequentemente utilizada tanto por Ambedkar quanto pela Liga Mulçumana; de outro, a expectativa dos constituintes era que a discriminação positiva funcionasse como um expediente transitório que duraria, talvez, apenas uma década, extinguindo-se paralelamente à eliminação dos

em troca da abolição dos eleitorados separados –, para Ambedkar, a representatividade ficava prejudicada, na medida em que o fato de os candidatos intocáveis não serem mais eleitos apenas por membros de seu próprio grupo significava que os políticos eleitos não responderiam diretamente ao segmento dos intocáveis (Cfe. MCMILLAN, Alistair. *Standing at the Margins – Representation and Electoral Reservation in India*. Delhi: Oxford University Press, 2005. *Apud*, DAFLON, Verônica Toste, *in* *Políticas de reserva: o modelo indiano de ação afirmativa* – disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp121706.pdf>>).

⁹² WEDDERBURN, Carlos Moore. *Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações*. *In*: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/BID/UNESCO, 2005, p. 316.

preconceitos sociais contra os dalits. E há indícios convincentes de que o próprio Ambedkar nutria essa mesma expectativa.⁹³

Mas, ao contrário do que imaginaram tanto Karl Marx⁹⁴ quanto os líderes da independência da Índia, o sistema de castas tem estado mais vivo do que nunca, como lembra Demétrio Magnoli, citando a seguinte observação de Shashi Tharoor, autor de uma “biografia essencial” de Nehru: *“No tempo de meus avós, a casta governava suas vidas: eles comiam, socializavam, casavam, viviam de acordo com as regras da casta. No tempo de meus pais, durante o movimento nacionalista, eles foram encorajados por Gandhi e Nehru a rejeitar a casta; nós renunciávamos a nossos sobrenomes de casta e declaramos a casta uma desgraça social. Como resultado, quando cresci, eu não prestava atenção na casta; era algo irrelevante na escola, no trabalho, em meus contatos sociais; a última coisa na qual eu pensava era na casta de alguém com quem me encontrava. Agora, na geração de meus filhos, a roda completou um ciclo inteiro. Casta é tudo, novamente. A casta determina suas oportunidades, perspectivas e promoções. Você não pode ir para frente, a não ser que seja ‘retardatário’”*.⁹⁵

Para o citado autor, *“A discriminação positiva é um fracasso em seus próprios termos (...). Seis décadas depois da deflagração da discriminação positiva, as antigas desigualdades sociais e econômicas entre castas não se modificaram estruturalmente. A Índia, de modo geral, tornou-se menos pobre e todas as classes sociais melhoraram seus padrões de vida, mas não se reduziu a distância entre as classes médias e a massa da população. Os programas de preferências converteram-se, há tempos, em instrumentos de conquista de clientelas eleitorais manipulados pelos partidos nacionais e regionais. Em*

⁹³ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 289-290.

⁹⁴ A propósito disso, em artigo publicado no New York Daily Tribune, em 8/8/1853, acerca dos eventuais resultados da dominação britânica na Índia, Marx escreveu: *“As indústrias modernas, que serão resultado do sistema ferroviário, vão dissolver as divisões hereditárias do trabalho sobre as quais repousam as castas indianas, esses obstáculos decisivos ao progresso indiano e à potência indiana”*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000073.pdf>>.

⁹⁵ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 296.

*virtude da rede de interesses constituída em torno deles, toma-se o fracasso da discriminação positiva como argumento para sua extensão e ampliação*⁹⁶.

1.3. O contributo norte-americano

1.3.1. Aspectos preliminares

Apesar da importante experiência indiana, nada se compara à contundente influência norte-americana na esfera internacional, tendo em conta o seu histórico de construção e aperfeiçoamento do instituto da ação afirmativa, o que tem despertado o interesse de vários outros países ao redor do mundo, inclusive o Brasil, é claro⁹⁷. Até mesmo a Europa sofreu tal influência, embora concentrada no gênero e origem nacional, uma vez que cotas raciais nem existam ali, tendo sido tentada, por exemplo, a criação de cotas para mulheres em cargos políticos na Itália e na França, iniciativas que, entretanto, como lembrado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foram para logo consideradas inconstitucionais⁹⁸.

Pois bem. Como dito anteriormente, a expressão mesma *affirmative action* tem origem em solo norte-americano, no ano de 1935⁹⁹, com a lei das relações de trabalho nacionais –, que determinava a imediata interrupção das discriminações praticadas por empregadores contra os trabalhadores negros, a par da implementação, pelos primeiros, de *ações afirmativas*, tendentes a que as vítimas dessas segregações fossem alçadas aos cargos que de outra forma (isto é, não fossem tais discriminações) estariam a ocupar¹⁰⁰ –, sendo certo que só a partir da década de 1960 é que o termo passou a ser utilizado dentro de um contexto de luta por direitos civis, constituindo-se as ações afirmativas

⁹⁶ MAGNOLI, Demétrio. *Op cit.*, p. 295.

⁹⁷ Para Joaquim Barbosa, tal influência transcende o direito interno e envolve o direito internacional, especialmente o direito internacional dos direitos humanos, traduzindo “...à perfeição, o fenômeno que Hélène Tourard com muita propriedade classificou como *l'internationalisation des constitutions*”. (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. In: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/BID/UNESCO, 2005, p. 70).

⁹⁸ Apud MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150.

⁹⁹ Ainda que – repita-se – não haja previsão de tais medidas na Constituição do país.

¹⁰⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169.

(mormente depois das transformações impulsionadas pelo *Civil Rights Act*, de 1964, e do *Voting Rights Act*, de 1965) em verdadeiras ações dirigidas à inclusão de minorias, tanto na esfera pública quanto na privada.

A *Executive Order* nº 10.925, de 1961, foi a primeira a trazer a expressão nesse contexto, mas com uma conotação ainda restrita, dêse que interpretada como medida de mero combate à discriminação. Com efeito, por meio dela foi criada a *Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego* cujo intuito era a aplicação de medidas não discriminatórias nas contratações efetuadas pelo Poder Executivo, exigindo-se que os contratados se comprometessem a não discriminar seus empregados ou aspirantes a emprego, de maneira que, embora veiculasse o termo *affirmative action*, ela não estava a conferir “vantagens” ou “privilégios” a grupos minoritários. Posteriormente, em 1965, por meio da *Executive Order* nº 11.246, foi criado o *Office of Federal Contract Compliance* no interior do Departamento do Trabalho, que voltou a trazer o termo *affirmative action*, desta feita sob a imposição de que o Poder Executivo (dos Estados Unidos) condicionasse a celebração de contratos com particulares à adoção de medidas não discriminatórias. Contudo, o que se observa dos textos das Ordens Executivas nº 10.925 e 11.246 é que os governos de Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme hoje são entendidas, na medida em que, ali, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas, já que, à época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação já sinalizava vultosos ganhos para a comunidade negra.¹⁰¹

É notória, por outro lado, a contemporaneidade da *Executive Order* nº 11.246 com a referida Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aberta para assinatura em 21 de dezembro de 1965 (tendo sido ratificada pelo Brasil em 1968 e promulgada no ano seguinte), que, como visto, a despeito de não trazer explicitamente o termo “ações afirmativas”, autoriza a adoção de “medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou

¹⁰¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 171.

étnicos”, donde a patente influência exercida por aquelas políticas de ação afirmativa provenientes dos Estados Unidos (durante a década de 1960), no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Saliente-se, porém, que, nos Estados Unidos, as ações afirmativas foram medidas adotadas ou encorajadas pelo próprio Estado, então dominado por uma elite conservadora, com o claro propósito de abrandar as revoltas e os motins levados adiante por grupos ligados ao movimento negro, designadamente depois do assassinato de Martin Luther King, em 1968, e que acabaram gerando um ambiente destrutivo receado pela maioria dos americanos brancos, sendo que muitos desses, por sua vez, organizaram-se em grupos e sociedades que, não raro, utilizavam métodos violentos e cruéis contra a ascensão social e econômica dos negros, criando um clima de enfrentamento que poderia, quiçá, levar a uma segunda guerra civil. O Estado, assim, não deveria permitir a intensificação desses conflitos, passando a adotar medidas destinadas a aplacar a inquietação social para além das de cunho não discriminatório, e começou a promover ações afirmativas, agora sim, entendidas como verdadeiras políticas de inclusão social das minorias.¹⁰²

1.3.2. Perscrutando a questão racial nos EUA

É preciso, porém, voltar aos primórdios da civilização estadunidense para que se compreenda bem a questão racial nesse país. Com efeito, no mito de origem dos EUA, o “homem americano” se distinguiria do inglês por ser o produto decorrente do encontro de imigrantes de diferentes extrações que, unidos, engajaram-se na construção de uma nação inteiramente nova. Tal conceito teria surgido durante a Guerra de Independência e aparece, embrionariamente, em um relato de viagem de 1782: “(...) *de onde veio todo esse povo? Eles são uma mistura de ingleses, escoceses, irlandeses, franceses, holandeses, alemães e suecos. Desse promíscuo cruzamento, emergiu agora a raça chamada americana. (...) O que, então, é o americano, esse homem novo? Ele não é um europeu nem um descendente de um europeu; daí essa estranha mistura de sangue que não se encontra em*

¹⁰² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 174.

nenhum outro país. (...) Os americanos estiveram, um dia, espalhados por toda a Europa; aqui, incorporaram-se em um dos melhores sistemas de população jamais vistos".¹⁰³

Ora, essa tese da fusão de raças tinha, de modo geral, um limite muito claro, qual seja: o americano derivava da "mistura de sangue" entre europeus, mas não de uma mistura mais ampla, na qual pudessem ser incluídos orientais, nativos do próprio continente americano ou negros. Prova disso é que, terminada a guerra (1776-1783) com a exitosa conquista da independência, e promulgada a Constituição (1787), segue-se rápido a lei de naturalização (1790), já demarcando as fronteiras raciais da identidade americana, no sentido de que apenas os imigrantes que fossem "pessoas brancas livres" poderiam almejar a naturalização e a cidadania, tendo sido editada uma nova lei, cinco anos depois, conservando essa mesma limitação racial; e só cem anos mais tarde, em 1870, no rescaldo da Guerra Civil (1861-1865), é que imigrantes africanos ganharam o direito de solicitar a cidadania (os "amarelos" da Ásia oriental e meridional tiveram que esperar até a primeira metade do século XX).¹⁰⁴

O fato é que –, a despeito de a assimilação nunca ter sido fácil nem mesmo para os imigrantes brancos europeus (os irlandeses e italianos, assim como os judeus, por exemplo, enfrentaram preconceito e, há pouco mais de meio século, John Kennedy teve que assegurar aos eleitores que pleiteava a presidência "não como um católico, mas como um americano")¹⁰⁵ –, a abolição da escravatura nos Estados Unidos foi precedida da mais violenta guerra civil de que se tem notícia, resultando na morte de pelo menos 600 mil pessoas, e os negros é que foram considerados os verdadeiros culpados pelo conflito, o que acirrou a violência praticada contra eles (diferentemente do que viria a ocorrer cerca de duas décadas depois no Brasil, onde a abolição não foi precedida de guerras ou conflitos; ao contrário, foi permeada por sentimentos de exaltação nacionalista, tendo sido decretado, no país, feriado nacional por cinco dias, para se comemorar o progresso atingido pela civilização brasileira,

¹⁰³ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 116-117.

¹⁰⁴ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 117.

¹⁰⁵ MAGNOLI, Demétrio. Op. cit., p. 117.

e a Princesa Isabel – subscritora da Lei Áurea –, agraciada com o título de “A Redentora”)¹⁰⁶.

A vitória na guerra de independência estadunidense e a pressão (mormente inglesa) que cedo culminaria no fim do tráfico internacional de escravos levaram muitos no norte do país a acreditar que a escravidão seria abolida gradualmente. Em reforço a essa suposição, existiam evidências tais como a abolição nos estados do Norte, a par de iniciativas individuais de alforria em partes do Alto-Sul (como nos estados da Virginia e Delaware). No entanto, o crescimento das culturas do algodão e do açúcar na região do vale do baixo Mississipi (que começara por volta de 1790) transformou, em poucos anos, uma sociedade com alguns escravos em uma sociedade escravista, de maneira que, por volta de 1820, a escravidão, contrariando as previsões iniciais sobre seu desvanecimento e término, constituíra-se em um instituo em plena expansão (um oeste escravista, paralelo ao oeste livre, estava faminto por terras). Aquela perspectiva tinha ajudado a promover compromissos feitos durante os debates constitucionais, mas as transformações econômicas e demográficas modificariam esse ambiente tão propício à conciliação entre estados do Norte e do Sul, conferindo à competição política um caráter progressivamente seccional.¹⁰⁷

¹⁰⁶ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração*. In: GARCIA, M.; PIOVESAN, F. (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos (grupos vulneráveis)*. São Paulo: RT, 2011, v. 4., p. 100.

¹⁰⁷ IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Rio de Janeiro: Revista Topoi, março/2003, p. 53-56. Segundo o autor, a crise do Missouri (1819-1821) foi o primeiro conflito de proporções realmente graves entre os dois grandes blocos de interesse regional (o Sul e o Norte). “Em 1819 o território do Missouri solicitou admissão como estado escravista. Esse pedido e, principalmente, a maneira como os sulistas defenderam a escravidão, chocou a opinião pública do Norte, porque mostrou até que ponto poderia ir a defesa sulista no que se refere ao direito de estender a escravidão para o Oeste. A radicalização dos representantes do Sul mostrou que os mesmos tinham deixado de considerar a escravidão como um ‘mal necessário’ para tratá-la como um ‘bem positivo’. Pela primeira vez as linhas partidárias foram abaladas por interesses regionais, ameaçando a manutenção da unidade nacional. Uma barganha conciliatória conhecida como o Compromisso do Missouri admitiu aquele estado como escravista, enquanto, no futuro, a escravidão continuaria proibida nos territórios comprados à França situados acima da latitude 36°30’. Para manter o equilíbrio, o território do Maine foi também admitido como um estado livre. O Compromisso do Missouri assegurou que o equilíbrio de poder entre os representantes dos estados livres e escravistas seria mantido no Senado. Mas (...) a partir de então ficou claro que a escravidão não era uma instituição arcaica, condenada a perecer sob a ação das forças do mercado. Pelo contrário, tratava-se de uma força poderosa, com potencial para expansão territorial e política, pois os representantes do escravismo no Congresso se organizariam num poderoso lobby contra a imposição de novos limites a seus

Sucedeu que a expansão de uma economia de mercado acirrou as divergências regionais. Enquanto o Norte movia-se rapidamente na direção de um capitalismo comercial, o Sul manteve-se fortemente rural e agrícola. Essa assimetria, porém, não foi suficiente para colocar o Sul em posição subalterna no contexto da nação. A política foi o canal através do qual os líderes sulistas contrabalançaram as inferioridades estruturais da sua região. Esses políticos foram capazes de “colonizar” muitas posições governamentais, impondo a defesa dos interesses sulistas às necessidades das bancadas do Norte. Dessa forma, o Sul escravista, ao mesmo tempo em que controlava o Estado americano, tornava-se também o mais sério adversário da própria expansão do país nos anos que antecederam a Guerra, sendo que o controle dessas posições seria beneficiado pela ideologia política professada pelo Partido Democrata, que propunha um forte compromisso ao igualitarismo entre os brancos, enquanto ignorava a existência da escravidão.¹⁰⁸

O historiador Vitor Izecksohn explica que em 1854, porém, a criação do partido Republicano –, que expressava uma aliança entre pequenos e médios fazendeiros e grandes industriais e comerciantes, unidos não só por um programa que advogava a expansão da indústria e de uma agricultura “livre” como também pela aversão ao poder sulista, encarado como desagregador da nação –, permitiu o desenvolvimento de uma ideologia que conciliava as demandas desses fazendeiros (principalmente) do oeste e industriais (mormente) do leste, numa visão de mundo coerente e adequada à vida social norte-americana, o que ocorreu de forma simultânea ao processo que identificou o modelo de produção rural escravista como obstáculo primordial ao desenvolvimento social do país, e cujo desenlace é bem representado pelas palavras que ele cita, atribuídas ao editor Horace Greely, para quem os americanos haviam se transformado em dois povos: “*um povo para a liberdade e um para a escravidão. Entre os dois, o conflito inevitável*”.¹⁰⁹

interesses. Daí por diante um número cada vez maior de porta-vozes concluiriam que os direitos do Sul eram equivalentes à defesa da escravidão, cooptando a maioria branca nas suas ameaças separatistas”. (Id., p. 57).

¹⁰⁸ IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Op. cit., p. 57-58.

¹⁰⁹ Idem, p. 66-67.

Roberta Fragoso lembra (a propósito dos antecedentes da Guerra Civil relacionados com o processo abolicionista norte-americano) que muitos consideram uma decisão da Suprema Corte, justamente no caso *Dred Scott v. Stanford* (60 U.S. 393 (1857)), como tendo sido o verdadeiro estopim do conflito, dês que *“Por meio dessa decisão judicial, o Tribunal não só resolveu o caso concreto, mas foi além, declarando a inconstitucionalidade de quaisquer normas estaduais que estabelecessem a proibição do trabalho escravo dentro dos limites da circunscrição territorial (...). Se o Tribunal tivesse optado apenas por decidir o caso concreto, declarando a incompetência da Corte para conhecer da matéria – por já ter fixado entendimento de que o escravo Scott não era cidadão, e que, portanto, não poderia demandar diante de Tribunal Federal – resolveria a causa sem ter de se intrometer em questões morais ou políticas. Mas assim não procedeu a Corte. E, da maneira como agiu, acirrou os conflitos entre os abolicionistas dos estados do Norte e os latifundiários escravagistas dos estados do Sul, deflagrando, então, a Guerra Civil”*¹¹⁰.

Dred Scott era um “afro-americano”. Ele nasceu no estado da Virgínia, no ano de 1799, como propriedade da família Peter Blow. Em 1830, a família mudou-se para St. Louis, no Estado do Missouri, e o vendeu a John Emerson, médico do exército americano. O exército transferiu o médico para o Estado de Illinois e, depois, para o então território de Wisconsin, dois lugares onde a escravidão fora proibida por lei. Em 1836, Dred Scott conheceu sua futura esposa, Harriet Robinson, que era propriedade do major do exército Lawrence Taliaferro. Casaram-se com a permissão do oficial, o qual transferiu a propriedade da escrava ao dono de Dred Scott, para que o casal pudesse viver sob o mesmo teto (onde tiveram duas filhas). Já em 1842, o médico, que também havia se casado, foi transferido com a mulher, Irene Emerson, para o Missouri, onde a escravidão era permitida, e levaram com eles o casal de escravos. No ano seguinte, o seu proprietário vem a falecer e o casal Scott tenta negociar a sua liberdade com a viúva, mas Irene Emerson não cedeu. Todavia, Dred Scott tomou conhecimento dos caminhos da Justiça.

¹¹⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 130 e 133.

Por ter vivido nesses dois estados “livres”, ele se tornara, pelo menos teoricamente, um cidadão livre. Havia um precedente da Suprema Corte que celebrizou a doutrina *once free, always free* (“uma vez livre, sempre livre”). Assim, em 1846, Dred Scott iniciou sua jornada pelos tribunais americanos, ajuizando perante a Corte de St. Louis uma ação (*Scott v. Emerson*) por meio da qual pleiteava a sua imediata liberdade, sendo que, na primeira tentativa, um juiz estadual decidiu contra ele em 1847. Contudo, em razão de “...o convencimento do juiz ter sido baseado em um testemunho indireto sobre os fatos, a decisão foi anulada e deu ensejo a um novo julgamento, ocorrido em 1850, desta feita garantindo a liberdade ao escravo”.¹¹¹ “Esse lapso temporal entre o primeiro e o segundo julgamento foi determinante para o desenrolar da causa. Durante os três anos em que não ficara decidido se Dred era ou não um homem livre, os salários que (ele obteria pelos) serviços prestados a terceiros ficaram sob depósito judicial. Nesse meio tempo, a senhora Emerson se casou novamente e se mudou para a região conhecida como Nova Inglaterra, transferindo ao irmão, John ‘Sanford’¹¹², a gestão (de seus) negócios. Este, então, objetivando a propriedade dos valores guardados, apelou à Corte estadual, visando a reverter a decisão de primeiro grau que concedera liberdade ao escravo. A Corte estadual concedeu-lhe o ganho da causa”¹¹³.

Tal processo despertou o interesse da opinião pública porque tocava no problema delicado da definição do *status* dos territórios em relação à escravidão. Tendo sido derrotado na corte estadual, Dred Scott apelou para a mais alta instância do Judiciário. Em decisão polêmica, a Suprema Corte votou (por 7 votos a 2) contra o pedido do escravo¹¹⁴, mas, como dito, foi além: em

¹¹¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 131.

¹¹² Sobrenome correto do litigante, que foi grafado equivocadamente como “Standford”, nos autos do respectivo processo, por um funcionário da Suprema Corte (cfe. MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69).

¹¹³ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. cit., p. 131.

¹¹⁴ Fato interessante nessa dramática e simbólica história é que seu desfecho acabou tendo um final feliz. Com efeito, o novo marido de Irene Emerson, Calvin Chaffee, era um político abolicionista que, logo depois do casamento, foi eleito para o Congresso dos EUA, sem saber, aparentemente, que sua nova mulher era proprietária do escravo mais célebre do país, até que estouraram a decisão da Suprema Corte e a revolta popular. Houve a tentativa de um acordo para solucionar o problema, mas inexitosa, porque ela era contra a libertação de qualquer escravo. Contudo, Irene foi convencida a devolver Dred Scott, sua mulher e as duas filhas à

interpretação tida como exemplar pelos defensores da escravidão, ela estabeleceu que os habitantes negros dos Estados Unidos (livres ou escravos) não poderiam ser considerados cidadãos e nem estavam habilitados ao gozo dos direitos constitucionais em qualquer das unidades que compunham a Federação. Assim, os reflexos de tal decisão não tardaram, porque ela deixava claro que a passagem da escravidão para a liberdade não romperia as barreiras hierárquicas estabelecidas pela linha de cor.¹¹⁵ Com isso, na verdade, a Suprema Corte declarava inconstitucional o *Missouri Compromise*¹¹⁶, formulado em 1820, sentenciando – nesse que foi o segundo caso de controle de constitucionalidade das normas¹¹⁷ – que o Congresso excedera à autoridade delegada pela Constituição, quando proibiu ou aboliu a escravidão nos Estados, pois não possuía legitimidade para promulgar normas contrárias à proteção constitucional da propriedade.¹¹⁸

proprietária original do escravo, a família Blow, que aceitou prontamente a oferta. Henry Taylor Blow, o herdeiro da família, continuava em Missouri e havia se convertido em oponente da escravidão. O novo abolicionista emancipou a família Scott em 26 de maio de 1857, pouco tempo depois de proferida a decisão da Suprema Corte. Hoje, esse caso é lembrado nacionalmente nos Estados Unidos como um marco da ação judicial pela liberdade e por seu significado para a história do país.

¹¹⁵ IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Rio de Janeiro: Revista Topoi, março/2003, p. 67-68.

¹¹⁶ Vide supra, nota 107.

¹¹⁷ O primeiro (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)), considerado “o mais célebre caso constitucional de todos os tempos” e que notabilizou o então presidente da Suprema Corte (Chief Justice) John Marshall, se passa no contexto da disputa política travada entre os federalistas (aliados do presidente dos EUA, John Adams, e que perderam as eleições de 1800 tanto para o Executivo quanto para o Legislativo) e seus opositores, encabeçados pelo novel presidente, Thomas Jefferson, o que não vem ao caso minudenciar. Sua importância, apenas para registro, está no fato da própria criação do controle de constitucionalidade, pois, como houvesse, ali, necessariamente, um conflito entre a lei e a Constituição, “Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: ‘Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação’. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: ‘Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo’. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: ‘É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição, a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam’”. (Cfe. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-8).

¹¹⁸ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132. A autora, nesse ponto, cita excerto do voto condutor do Chief Justice Roger B. Taney, cuja transcrição é pertinente: “...nenhuma

Mais do que isso, a decisão representou, no campo legal, uma demonstração de controle sulista sobre as organizações federais. Assim, lideranças negras do movimento abolicionista voltaram a adotar posições pró-emigração, buscando oportunidades na África ou Haiti, ou simplesmente emigrando para o Canadá. Outros, entre os brancos, adotaram posições mais radicais. O líder abolicionista William Lloyd Garrison rasgou em público a Constituição norte-americana, denunciando-a como um documento favorável à escravidão. Outros setores, como o grupo comandado por John Brown, partiram para uma ação direta contra a escravidão e, em 1859, Brown e um grupo de seguidores (que incluía dois dos seus filhos) atacaram o arsenal federal localizado na cidade de Harper's Ferry, no estado da Virgínia. O plano era tomar as armas e mobilizar a população escrava adjacente numa grande revolta. Com o insucesso da empreitada, vários dos sobreviventes, incluindo Brown, foram julgados e executados por crime de sedição. O comportamento exemplar de Brown diante de seus algozes e a dignidade demonstrada na denúncia da escravidão mobilizaram a opinião pública do Norte a tal ponto que, no dia da sua execução, os sinos das igrejas de várias cidades da Nova Inglaterra badalaram. Acabara de surgir um mártir branco na luta do Norte contra o poder da escravidão.¹¹⁹

1.3.2.1. O sistema “Jim Crow” de segregação institucionalizada

E eis que a inevitável guerra aconteceu, ceifou a vida de mais de 600 mil pessoas, como dito alhures, e deixou um rastro de destruição jamais visto na história dos Estados Unidos, principalmente nos Estados do Sul, onde famílias inteiras foram dizimadas e havia um sentimento de devastação completa no momento em que os Estados Confederados se renderam, a

palavra da Constituição dá ao Congresso um poder maior sobre a propriedade escrava, ou justifica o fato de ter uma propriedade desse gênero menos proteção do que qualquer outra. O único poder conferido é o que se associa ao dever de guardar e proteger o dono em seus direitos. Feitas essas considerações, opina o tribunal que a Lei do Congresso que proíba um cidadão de ter e possuir propriedades desse gênero no território dos Estados Unidos ao norte da linha supramencionada, não sendo autorizada pela Constituição, é, portanto, nula, e que nem o próprio Dred Scott, nem ninguém da sua família, foram libertados por terem sido transportados para esse território; mesmo que tivessem sido levados para lá pelo dono, com a intenção de ali residir permanentemente”.

¹¹⁹ IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Rio de Janeiro: Revista Topoi, março/2003, p. 68.

9/4/1865 (apenas cinco dias depois, o presidente Abraham Lincoln foi assassinado com um tiro na cabeça), depois de quatro anos de um conflito terrível que abalou as estruturas do país, mas acabou fazendo prevalecer o predomínio do norte industrializado, pondo fim ao moralmente inaceitável instituto da escravidão e, de resto, criando as condições para o fortalecimento da União (indissolúvel), o que levaria os EUA, já no final do século XIX, a despontarem como a economia mais próspera do mundo¹²⁰.

A esse respeito, do ponto de vista histórico-político, Vitor Izecksohn esclarece que *“De forma ambígua, a secessão sulista constituiu um evento que facilitou a formação do estado norte-americano, porque a desunião permitiu a identificação do partido Republicano com o estado central, levando a um crescimento maciço da autoridade governamental no Norte nos anos seguintes. Com a separação do Sul, o governo central, o partido Republicano e os imperativos da economia política do norte tornaram-se profundamente inter-relacionados. Desse momento até o final da Reconstrução (1876), os interesses da expansão estatal e do partido Republicano eram praticamente análogos”*¹²¹.

Ocorre que a reconstrução não se deu da noite para o dia, e nos momentos de intensa aflição e sofrimento do pós-guerra, o Sul derrotado e colapsado em sua economia agrícola pôs a culpa nos negros (assim como o fizeram muitos do norte que perderam seus entes queridos na guerra), ainda mais quando, ao mesmo tempo, um enorme contingente de ex-escravos passou a disputar com os brancos o mercado de trabalho, tudo conspirando para o surgimento de organizações racistas extremamente violentas como a Ku Klux Klan. De maneira que, apesar da custosa conquista da liberdade, os negros ainda teriam que enfrentar o ódio generalizado dos brancos em uma

¹²⁰ Com efeito, depois de finda a guerra de secessão, a revolução industrial que ali acontecia elevou o país a índices de desenvolvimento jamais vistos em todo o globo. Muito embora tal revolução tenha iniciado mais de um século antes, ainda na Inglaterra do século XVIII (para tanto, lembre-se da máquina a vapor de James Watt, em 1765, exatamente 100 anos antes do término da guerra civil americana), foi nos EUA da segunda metade do século XIX, ainda em plena marcha do liberalismo econômico, que surgiram os chamados titãs da indústria, homens (como Cornelius Vanderbilt, John Rockefeller, Andrew Carnegie, J. P. Morgan e, mais tarde, Henry Ford) que construíram, do nada, gigantescos monopólios em vários setores e ajudaram a transformar os EUA na maior economia do planeta em brevíssimo tempo, mas também introduziram inovações tecnológicas que iriam influenciar todas as demais nações.

¹²¹ IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Op. cit., p. 73.

sociedade que não estava sequer minimamente preparada para o ingresso dos primeiros em condições de igualdade com estes últimos.

Assim é que, paradoxalmente, um verdadeiro sistema segregacionista foi se estabelecendo já no período da chamada “Reconstrução”, termo associado ao período imediatamente posterior ao término da guerra civil norte-americana, durando pouco mais de uma década, e cujo objetivo era a gradual reintegração à União, dos Estados do Sul que lutaram contra o Norte, ou seja, os confederados. Nesse período, e mesmo nos momentos que antecederam o final do conflito, houve uma especial preocupação em proporcionar um efetivo estado de liberdade para os escravos libertos durante e depois da guerra, preocupação esta encabeçada inicialmente pelo próprio Lincoln, às voltas com a aprovação da 13ª emenda (muito bem retratada no filme de mesmo nome dirigido por Steven Spielberg e estrelado por Daniel Day-Lewis no papel do presidente). Com efeito, três emendas à Constituição dos Estados Unidos foram aprovadas ao tempo da reconstrução: a 13ª¹²² (1865), que determinava o fim da escravidão; a 14ª¹²³ (1868), que, em síntese, entre outras cláusulas, conferia (em sua primeira seção) a todos os cidadãos uma igual proteção perante as leis, garantindo-se-lhes, ainda, o devido processo legal; e a 15ª¹²⁴ (1870), que assegurava o direito de voto a todos, independentemente da raça ou cor. Assim mesmo, não foi possível evitar a sistemática discriminação contra os negros havida naquele país desde então.

Note-se, por oportuno, que a 13ª emenda, a despeito de firmar o término da escravidão, não assegurou, propriamente, a igualdade entre brancos e negros, o que permitiu aos Estados do Sul (que foram sendo

¹²² “Seção 1. Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição por um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado. Seção 2. O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias”.

¹²³ “Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (...) Seção 5. O Congresso terá competência para executar, com legislação apropriada, as disposições deste artigo”.

¹²⁴ “Seção 1. O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão. Seção 2. O Congresso terá competência para executar este artigo, com legislação apropriada”.

reintegrados à União) legissem de forma discriminatória, criando várias restrições aos recém-libertos. Daí a necessidade de uma nova emenda, a 14ª, que tendia a assegurar aos negros (e não só a eles) um tratamento com igual consideração e respeito. Todavia, ainda era necessário garantir o direito de voto a eles em condições iguais às dos brancos, mas a 15ª emenda não impossibilitou a discriminação do ponto de vista socioeconômico (além de não impedir a exclusão das mulheres), de maneira que vários Estados adotaram o voto censitário e baseado em nível de educação, o que alijava completamente a participação dos negros na representatividade política em todas as esferas de poder, já que eles constituíam uma massa de recém-saídos da guerra na condição de ex-escravos e, portanto, não tinham nem bens nem instrução.

A propósito disso, nas palavras de Adhemar Ferreira Maciel, *“Imenso é o abismo entre o mundo das normas jurídicas e o mundo da realidade. Muito se decide no plano ideal e pouco se realiza concretamente. Ninguém quer perder privilégio, ainda que à custa do sacrifício de seu semelhante”*. Na mesma senda, o saudoso ministro do Superior Tribunal de Justiça cita Bernard Schwartz que, em seu *“Direito Constitucional Americano”*, escreveu: *“a discriminação contra o negro não podia ter um efeito tão grande sem a tolerância da ordem jurídica. Foi necessária a anuência dos tribunais para que a condição subordinada do negro se tornasse um assunto de importância extralegal”*.¹²⁵ E foi exatamente isso que fez consolidar o sistema *Jim Crow*, como se verá.

¹²⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. *O negro, a suprema corte e a emenda constitucional nº 13*, p. 1. Artigo publicado na Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21731>>. O autor ainda cita com percuciência que, ainda em plena guerra civil, no ano de 1863, *“o presidente Lincoln fez uma proclamação (Emancipation Proclamation) em que declarava que todas as pessoas tidas como escravas nos Estados em rebelião seriam consideradas livres. Isso foi um tanto inocente, pois se dirigia exatamente aos inimigos. Mas, de qualquer sorte, Lincoln estava avivando leis do Congresso e regando a semente plantada pelos principais constituintes de 1787, como George Washington, Alexander Hamilton, James Madison, Benjamin Franklin e John Jay, que se opunham à escravidão, pois incompatível com as ideias que presidiram o nascimento da nova nação. Praticamente desde o início de seu funcionamento, o Congresso procurou legislar, ainda que com uma série de percalços, para os territórios que iam sendo incorporados à União e se transformavam em Estados, proibindo que neles se instalasse a escravidão. Esse era o anseio de boa parte da população estadunidense, sobretudo dos nortistas, e da própria Igreja Presbiteriana. Mas, difícil era vencer as barreiras criadas pela sociedade da época”*.

“Jim Crow” é um nome próprio utilizado como adjetivo de significação pejorativa que designava o negro americano¹²⁶. Há quem diga que o termo se originou de uma cantiga cujo refrão terminava justamente com *Jim Crow*, e era costumeiramente executada na apresentação de um grupo formado em 1843, composto por quatro artistas brancos que se pintavam de preto e realizavam um número de canto imitando os negros com forte sotaque sulista. O fato é que as normas que vedavam o exercício de muitos direitos aos negros ficaram tradicionalmente conhecidas como *Leis Jim Crow*, expressão que, posteriormente, serviu para designar todo o sistema de segregação oficial estadunidense.¹²⁷

Em apertada síntese, essa segregação institucionalizada, que prevaleceu no sul dos EUA por várias décadas, pode ser traduzida na proibição de os negros frequentarem as mesmas escolas que os brancos, de terem propriedades, de viverem em certas vizinhanças, de obterem licenças para trabalhar em algumas profissões, de casarem com brancos, de poderem votar e ser votados, de testemunharem, de serem servidos dentro de lanchonetes, de beberem nos mesmos bebedouros, dentre outras restrições iníquas, tudo previsto em leis de vários daqueles Estados. Assim –, dada a necessidade de controle, pelos brancos, daquela massa de negros livres competindo com eles no mesmo mercado de trabalho, depois de extinta a escravidão –, o sistema *Jim Crow* estabelecia uma mensagem de inferioridade dos negros, fixando espaços diferenciados para estes e os brancos. E o que acabou contribuindo decisivamente para a consolidação desse sistema perverso foram, justamente, os julgamentos da Suprema Corte norte-americana, na medida em que, por meio deles, eram tidas como legítimas e constitucionais as leis que determinavam tal separação.¹²⁸

¹²⁶ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 121. Também, segundo o autor, embora haja referência ao termo desde a década de 1830, sua origem exata é “desconhecida”.

¹²⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 137.

¹²⁸ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 137. A autora, aqui, ainda lembra as palavras de Gabriel J. Chin, resumindo aquele momento da história americana: “Para muitos americanos, desde o hospital

O primeiro caso a aportar na Suprema Corte, revelando que esta tendia a cancelar as leis Jim Crow, foi o caso *Pace v. Alabama* (106 U.S. 583 – 1883)¹²⁹. O Código do Alabama punia com dois a sete anos de prisão o crime de matrimônio ou “vida em adultério ou fornicação” entre brancos e negros ou descendentes de negros até a terceira geração. Um tribunal estadual sentenciou o negro Tony Pace e a branca Mary J. Cox a dois anos de prisão por viverem “em fornicação” e a Corte Suprema do Alabama confirmou a decisão. Pace apelou, arguindo que nenhum Estado podia negar o direito de igual proteção perante a lei, consagrado pela 14ª Emenda, e que as leis estaduais previam pena menor pelo crime de fornicação cometido por pessoas da mesma raça. A Corte Suprema dos EUA rejeitou a apelação, sob o curioso argumento de que o Código estadual não continha discriminação, pois previa punição igual aos dois culpados, o negro e o branco.¹³⁰

Outro caso de grande repercussão foi *Plessy versus Ferguson* (163 U.S. 537 – 1896), em cujo julgamento se firmou a doutrina jurídica do “separados, mas iguais” (*separated, but equal*). Na Louisiana, uma lei estadual ordenava que, nos trens de passageiros, os vagões fossem separados para brancos, mulatos (*colored*) e negros. Homer Plessy, cidadão de Nova Orleans com um oitavo de ancestralidade negra, e que participava de um pequeno grupo disposto a desafiar na Justiça as Leis Jim Crow, embarcou em um vagão para brancos e, depois de declarar sua condição racial aos funcionários do transporte, foi preso por não aceitar a transferência para um vagão reservado aos *colored*. O caso foi levado até a Corte Suprema, que julgou contra Plessy com base no argumento de que as acomodações eram iguais e, portanto, não violavam a 14ª Emenda.¹³¹

onde nasceram até o cemitério onde foram enterrados, todas as principais instituições sociais eram rigidamente segregadas pela raça”.

¹²⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

¹³⁰ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 114. Ainda a esse respeito, para o autor, no fim do período da “reconstrução”, a “velha elite sulista” havia retomado o controle dos governos estaduais da antiga Confederação e parecia que a Suprema Corte dera suporte a essa reacomodação de forças políticas. Segundo ele, “A reação contra as reformas atingiu um ponto culminante entre 1890 e 1908, com a aprovação de novas constituições e leis estaduais que condicionavam o direito de voto à alfabetização e à propriedade, excluindo quase todos os negros e os pobres em geral da participação política”.

¹³¹ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 122.

No entanto, como lembra Adhemar F. Maciel, “*Notável foi o voto vencido do ‘Justice’ JOHN M. HARLAN, que, na época, não teve maior repercussão. Enfatizou ele: ‘A separação arbitrária dos cidadãos, com base na raça, enquanto eles estão na estrada pública, é um estigma de servidão, inteiramente incoerente com a liberdade civil e a igualdade perante a lei estabelecidas na Constituição. O frágil disfarce de acomodações iguais para os passageiros nos carros ferroviários não enganará ninguém, nem corrige o erro cometido’. ‘Na visão da Constituição, aos olhos da lei, não existe neste país nenhuma classe governante de cidadãos (que seja) superior, dominante. Não há castas aqui. Nossa Constituição é daltônica, não toma conhecimento ou tolera classes entre os cidadãos’*”.¹³²

De qualquer forma, a importância da conclusão da Suprema Corte nesse caso pode ser mensurada pela amplitude conferida ao sistema *Jim Crow*, na medida em que – a despeito de a doutrina *separated, but equal* ter sido aplicada ali apenas no tocante a acomodações em transportes públicos – serviu de alicerce, posteriormente, para que a segregação se alastrasse às escolas públicas e demais setores sociais, possibilitando, ainda, que os proprietários de negócios privados estabelecessem, eles também, novas exigências relativas à segregação.¹³³ O que, de fato, acabou acontecendo, tendo-se, com a decisão, gerado mais segregação que persistiu até a década de 1950.¹³⁴

1.3.2.2. O ocaso de “Jim Crow” e o segregacionismo

Na verdade, a história jurídica da luta pelos direitos civis nos Estados Unidos nada mais significa, em essência, do que a história da interpretação do princípio da igualdade consagrado na 14ª Emenda. Com efeito, as leis raciais criadas depois de findo o período da “Reconstrução” geraram uma inevitável tensão em torno desse princípio e, como visto, a doutrina do “separados, mas

¹³² MACIEL, Adhemar Ferreira. *O negro, a suprema corte e a emenda constitucional nº 13*, p. 2. Artigo publicado na Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21731>>.

¹³³ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 143-144.

¹³⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. *O negro, a suprema corte e a emenda constitucional nº 13*. Op. cit., p. 2.

iguais” conseguiu proporcionar um caminho para acomodar as “Leis Jim Crow” àquela proteção constitucional.¹³⁵ Contudo, passados quase sessenta anos do caso *Plessy v. Ferguson*, eis que ocorre uma reviravolta jurisprudencial cujo marco é o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954: dá-se, assim, uma evolução interpretativa.

Antes, importa ter em mente a avassaladora mudança por que passara o mundo inteiro até ali, desde a consolidação da doutrina *separated, but equal*, no julgamento de 1896, forçando os Estados Unidos a deixarem de lado a sua tendência isolacionista para se tornarem, indiscutivelmente, ao longo da primeira metade do século XX, a nação mais poderosa do globo, o que, a toda evidência, refletiu em diversos campos da vida humana, levando o país, inexoravelmente, a outro nível de responsabilidade frente à comunidade internacional e, por certo, a seus patrícios. A referência óbvia é aos dois grandes conflitos mundiais que tiveram a participação essencial da América para encerrá-los, sendo que, na II Guerra, os EUA foram um dos líderes aliados que combateram e destruíram a Alemanha Nazista, a mesma que infligira brutal perseguição contra os judeus, ceifando-lhes seis milhões de vidas. De modo que tudo isso forjara um sentimento geral de repulsa à discriminação racial dentro de suas fronteiras, mostrando-se de todo incoerente com o papel de defensores da liberdade desempenhado pelos estadunidenses e apresentado ao mundo de então¹³⁶.

¹³⁵ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 122.

¹³⁶ E não foram somente essas as mudanças. Henry Ford, por exemplo, o último grande titã da indústria, não seria lembrado hoje se não tivesse vivido naquele período de transição em que os supermonopólios construídos por seus antecessores começaram a ser ferozmente combatidos. Foi assim que, em 1901, inesperadamente, o presidente eleito dos Estados Unidos da América, William McKinley, foi assassinado, assumindo a presidência Theodore Roosevelt que era contra os monopólios. Apesar de a lei antitruste dos EUA (de 1890) já estar em vigor, o presidente McKinley era acusado de favorecer os grandes monopolistas da época (Rockefeller, Carnegie e J. P. Morgan). Mas, com a ascensão de Teddy Roosevelt, os EUA passaram a demandar contra os grandes monopólios, sendo o mais famoso o caso de John Rockefeller que, embora acionado sob a presidência de T. Roosevelt, pela acusação de prática ilegal de monopólio, foi condenado pela Suprema Corte em 1911 (quando o mandato daquele já expirara), tendo sido a *Standard Oil* fracionada em várias empresas. Por seu turno, quando Henry montou a *Ford Motor Company*, em 1903, foi demandado pela Associação de Fabricantes de Automóveis, detentora da patente do automóvel, a qual perdeu a contenda justamente por se ter interpretado que a manutenção da patente, nos moldes requeridos, corresponderia a uma prática monopolista. E foi a época, também, depois do *crash* de 1929, do *New Deal* do presidente democrata Franklin D. Roosevelt, que significou muito mais do que apenas um simples plano econômico para tirar o país da Grande Depressão, representando,

Na mesma esteira, em sua densa obra acerca da análise comparativa entre a história dos negros nos Estados Unidos e no Brasil, à luz das ações afirmativas, Roberta Fragoso faz um apanhado dos relevantes antecedentes ao caso *Brown v. Board of Education*¹³⁷, mostrando como foi árdua a luta daquela gente pela conquista do reconhecimento de cada naco de direito, e isso, designadamente, porque encontrou, em todo o seu longo e tortuoso percurso, uma feroz resistência de grupos de indivíduos de tez branca que, como dito, seja por um preconceito enraizado seja por nunca se terem conformado com a derrota na guerra de secessão, sempre se opuseram à integração dos negros, como iguais, à sociedade americana, tais como os que se associaram à Ku Klux Klan (também conhecida apenas como Klan ou KKK) e aos Conselhos de Cidadãos Brancos, por exemplo.

Com efeito, a Ku Klux Klan (do grego *Kyklos*, que significa círculo, a denotar uma ideia de união, mais *klan*, em referência à ascendência escocesa de seus fundadores), criada no Estado do Tennessee, logo depois da guerra civil, em 1866, ainda foi monitorada pelo governo federal que (ao tempo da reconstrução) combatia atos de violência e discriminação contra os negros. Contudo, por volta de 1915, ela passou a ganhar força, desta feita no Estado da Geórgia, onde angariou, em pouco tempo, perto de cinco milhões de seguidores, e já se caracterizava pelo emprego gratuito de violência tanto moral quanto física contra os negros, utilizando-se de técnicas como o ato de contornar a residência de famílias de negros com o automóvel repleto de membros encapuzados, além de espalhar cartazes com desenhos de pessoas negras enforcadas e incendiar cruzeiros nos jardins das residências daqueles, passando depois a alvejá-los em suas casas e locais frequentados especialmente por seus líderes.¹³⁸

de fato, um grande aumento da interferência do Estado na sociedade norte-americana, em um país considerado o bastião do liberalismo econômico. Assim, eram realmente outros os ventos que sopravam àquela época, trazendo mudanças estruturais inevitáveis e de toda ordem.

¹³⁷ Vide KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145-163.

¹³⁸ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 145-147. A autora destaca, ainda, a criação dos Conselhos de Cidadãos Brancos (*White Citizens Council*), cujo primeiro deles se organizou no Estado do Mississippi, justo em 1954, e tinha uma atuação não violenta, voltada, porém, para a propaganda racista e

Mas, em contraposição, os negros também souberam se organizar e já em 1890 criaram a Liga Afro-Americana, que contou com mais de 140 representantes de 21 Estados, e de cujos membros obteve destaque a figura de William E. B. Du Bois, que, insatisfeito com a postura pouco agressiva da entidade, resolveu fundar, em 1909, a *National Association for the Advancement of Colored People* (Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor) ou NAACP, a qual veio a se firmar, no futuro, como a mais importante entidade militante em defesa da causa dos negros nos Estados Unidos –, depois de conseguir estruturar-se numa elaborada rede burocrática, em que seguia um rígido sistema hierárquico e organizacional –, possuindo 400 representações pelo país na década de 1920 e triplicando esse número até o início da década de 1960.¹³⁹

Abandonando os posicionamentos radicais do início de sua fundação e angariando o apoio de militantes dos mais diversos segmentos da sociedade, a NAACP aperfeiçoou-se e passou a lutar no plano institucional, onde teve papel decisivo na condução da ofensiva para acabar com a segregação nos Estados Unidos, chegando a promover 46 apelações à Suprema Corte, contestando o entendimento de “*iguais, mas separados*”, das quais obteve êxito em 42, até chegar ao caso *Brown*, quando essa jurisprudência foi definitivamente superada. Com efeito, vários foram os recursos exitosos interpostos de decisões de Cortes Estaduais, como a do Kansas, Carolina do Sul, Virginia e Delaware, sem que, no entanto, tenham motivado a revisão da doutrina *separated, but equal*, até surgir uma esperança no caso *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education* 339 U.S. 637 (1950), onde a Suprema Corte entendeu – embora sem revisar a doutrina de “*iguais, mas separados*” – ter sido violada a 14ª Emenda na hipótese desse estudante negro, McLaurin, que conseguira ingressar, mediante ação judicial, no curso de doutorado de uma universidade reservada para brancos, mas foi separado dos outros alunos de uma maneira tal que os juízes da Suprema Corte concluíram que aquilo

pressão política de mesmo jaez. Foram tais Conselhos, inclusive, que, por meio de uma atuação política silenciosa, “...fizeram com que os legislativos estaduais sulistas aprovassem diversas resoluções, leis e emendas constitucionais, visando a obstruir a eficácia da decisão no caso *Brown v. Board of Education*...” (p. 147).

¹³⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Op. cit.*, p. 151-152.

prejudicava o que era fundamental em uma instituição de ensino, ou seja, o aprendizado, e mandaram retirar todas as restrições, o que significou uma tendência da Corte no sentido da superação daquela vetusta doutrina.¹⁴⁰

Após esse precedente, segue-se que Linda Brown, uma menina do curso primário, foi impedida de matricular-se em uma escola pública de sua cidade, Topeka, no Estado do Kansas, pelo simples fato de ser negra. Tal escola ficava bem próxima a sua residência, aonde ela poderia ir caminhando. No entanto, como se tratasse de uma escola pública exclusiva para brancos, a criança se via forçada, todos os dias, a atravessar trilhos de trem para entrar no ônibus que a conduziria à escola reservada aos estudantes negros; um contrassenso – pensou o pai dela, Oliver Brown, que foi auxiliado pela seção local da NAACP a integrar uma ação coletiva de pais de alunos negros contra a segregação escolar na cidade de Topeka. E, uma vez que o nome de Brown, pela ordem alfabética, ficara no topo da lista de demandantes, o caso passou a se tornar conhecido como *Brown v. Board of Education* (sendo legitimado passivo o Conselho de Educação de Topeka).

Em suma, o julgamento do caso (347 U.S. 483 – 1954) se estendeu entre 13 de dezembro de 1952 e 17 de maio de 1954, quando o então *Chief Justice* Earl Warren, que havia assumido a presidência em lugar de Fred M. Vinson, morto em setembro de 1953, conseguiu a unanimidade de seus pares em favor da declaração de inconstitucionalidade da doutrina “*separados, mas iguais*”, por entender, *tout court*, que instituições separadas necessariamente seriam desiguais e, portanto, violariam o disposto na 14ª Emenda.¹⁴¹ A partir de então, sem o substrato jurisprudencial que lhe dava suporte, todo o sistema *Jim Crow* de segregação oficial não tardaria a ruir por completo, daí a razão por que muitos consideram aquele como o julgamento mais importante dos

¹⁴⁰ Idem, p. 159-160. Segundo a autora, para que esse único aluno negro ingressasse na universidade reservada aos brancos, por ordem judicial, o Estado de Oklahoma modificou a legislação, estabelecendo que a admissão de negros devesse obedecer à segregação. “Assim, dentre as providências determinadas pela Universidade, destaca-se a ordem de que o negro deveria sentar-se em uma cadeira própria, cercada por uma grade, em que fosse afixada a seguinte frase: ‘reservada para negros’. O assento deveria se situar na antessala contígua à sala de aula. Ainda segundo o regulamento, o aluno somente poderia estudar no mezanino da biblioteca e não nas mesas da sala regular de leitura, e, ainda assim, deveria sentar-se em uma cadeira especialmente designada. No restaurante, o estudante deveria fazer as refeições em horários diferentes dos brancos, em uma mesa destinada para negros”.

¹⁴¹ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80-85.

Estados Unidos no século XX e, portanto, um dos mais importantes de sua história. Isto porque aconteceu, de fato, uma virada de mesa, o verdadeiro “tiro de misericórdia na doutrina (...) ‘Separado, mas Igual’”¹⁴².

Em seu voto condutor de apenas dez laudas, o *Chief Justice* Earl Warren, destacou os efeitos perversos da discriminação contra os negros impostos na área de educação, designadamente para as crianças: “*Separá-las das outras crianças de idade e de qualificações similares somente por causa da raça, cria um sentimento de inferioridade em sua posição na comunidade que pode afetar seus corações e mentes em uma maneira que pode jamais ser desfeita. Os efeitos dessa separação nas oportunidades educacionais foram bem demonstrados no julgamento de um caso pela Corte do Kansas, a qual, no entanto, sentiu-se compelida a decidir contra o pedido dos negros: ‘Segregação entre crianças brancas e de cor nas escolas públicas tem um efeito maligno sobre as crianças de cor. O impacto é maior quando tem o encorajamento da lei; a política de separação das raças é usualmente interpretada como se denotasse a inferioridade do grupo negro. O senso de inferioridade afeta a motivação da criança para aprender. A segregação com o encorajamento da lei, então, tende a retardar o desenvolvimento mental e intelectual das crianças negras e a privá-las de alguns dos benefícios que receberiam acaso o sistema educacional fosse racialmente integrado’*”.¹⁴³

Mas o assunto não estava encerrado, já que as estruturas que mantinham a doutrina separatista deveriam ser levantadas, e isso não se daria da noite para o dia, tanto que um ano depois do histórico julgamento do caso *Brown*, a Suprema Corte se viu compelida a manifestar-se sobre os termos em que deveria ter início, de forma mais abrangente, a efetivação da decisão anterior, pondo-se, assim, uma par de cal na era segregacionista, o que ficou conhecido como o caso *Brown II*, também ajuizado pela NAACP (*Brown v. Board of Education II*, 349 U.S. 294 – 1955), tendo os juízes daquela Corte entendido que a ruptura, na prática, da doutrina anterior deveria ocorrer de forma lenta e gradual, razão por que – sob o temor das consequências de uma

¹⁴² MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴³ *Apud* KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 161.

transição abrupta a um sistema livre da segregação –, apenas admoestaram as autoridades responsáveis pela educação pública para que promovessem o desmantelamento da estrutura separatista da maneira mais breve possível, deixando, ambigualmente, de estabelecer um prazo e de fixar etapas a serem cumpridas, dando fôlego, com isso, a que as escolas estaduais resistissem ao processo de mudança, o que gerou novas disputas que só foram inteiramente suplantadas quando a Suprema Corte decidiu o caso *Alexander v. Holmes County Board of Education* (369 U.S. 19 – 1969), em que declarou incisivamente a inconstitucionalidade das contínuas operações contrárias à integração com base no preceito “o mais breve possível”, obrigando cada distrito escolar a “...acabar com o sistema dualista (...) e operar, a partir de agora, e daqui por diante, apenas escolas unitárias”.¹⁴⁴

De qualquer forma, ao fim e ao cabo, essa combativa luta dos negros pela igualdade formal sagrou-se vitoriosa, e a despeito de o caso *Brown* cingir-se à esfera da educação pública, o sistema segregacionista implantado em alguns Estados da Federação norte-americana foi levado a julgamento pela Suprema Corte em vários outros setores da sociedade, tendo como objeto instalações públicas ou quase públicas¹⁴⁵, de maneira que a segregação foi

¹⁴⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 161. Conforme esclarece a autora, caberia aos juízes de primeiro grau e às Cortes locais a análise quanto à boa-fé demonstrada pelas autoridades administrativas em dar efetividade à decisão da Corte Suprema, mas a resistência nos Estados que apoiavam a discriminação foi de tal modo que, não raro, forças federais eram instadas a dar apoio às operações destinadas ao cumprimento das medidas judiciais pertinentes, destacando-se a contenda envolvendo o governador do Arkansas, Orval Fabus, e o presidente Eisenhower, onde o governador ordenou que a polícia estadual interviesse numa escola pública (*Central High Scholl*) para impedir o ingresso de nove estudantes negros, mesmo quando o Conselho de Educação da cidade (*Little Rock*) já tinha formulado o seu plano de ação para cumprimento da decisão no caso *Brown II* e, portanto, autorizado o ingresso dos negros na referida escola. Depois de três semanas de negociações, uma Corte Federal determinou o ingresso imediato, afastando a determinação do chefe da administração pública estadual; mas, quando o governador retirou a força policial do caminho e os nove alunos negros conseguiram finalmente entrar na escola, um grupo de estudantes brancos ateou fogo em cruzes, forçando os negros a se retirarem, sendo que no dia seguinte, Eisenhower despachou tropas federais para conter os ânimos. Houve, então, uma batalha judicial que se estendeu até 1958, onde a Suprema Corte garantiu, finalmente, o ingresso nas nove crianças, mas o Estado do Arkansas, em represália, fechou as quatro escolas secundárias de *Little Rock*, que só foram reabertas em 1960 (p. 162-163).

¹⁴⁵ Conforme anota Roberta F. M. Kaufmann (op. cit., p. 141-142), no julgamento do *Civil Rights Cases*, ainda ao tempo do período da reconstrução (109 U.S. 3 – 1883), a Suprema Corte assentara o entendimento de que o dever de proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição e Emendas vinculava apenas entidades governamentais, e não entes privados,

desaparecendo em parques, praias públicas, ônibus, pistas de atletismo, restaurantes de aeroporto, salas de tribunal, auditórios municipais etc.¹⁴⁶

Consoante Demétrio Magnoli, contudo, apenas no caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1), de 12 de junho de 1967, é que “desabaram os pilares remanescentes do ‘separados, mas iguais’”¹⁴⁷, sepultando-se de vez o sistema *Jim Crow* de segregação racial. Nesse caso, a Suprema Corte derrubou as restrições daquele Estado aos casamentos inter-raciais e, atualmente, o 12 de junho, em alusão ao famoso julgamento, é celebrado em diferentes lugares dos Estados Unidos como o *Loving Day*, onde a comemoração geralmente envolve casais inter-raciais e organiza-se como uma demonstração cívica que exalta a tolerância e a igualdade.¹⁴⁸

Mildred Jeter, uma mulher negra, e Richard Loving, um homem branco, casaram-se em 1958, em Washington, D.C. (onde não havia proibição de casamento inter-racial), mas foram considerados culpados de violar a proibição de casamentos inter-raciais do Estado da Virginia, por continuar residindo no condado de Caroline. Eles foram acordados no meio da noite pelo xerife do condado, acompanhado de dois auxiliares que entraram pela porta destrancada e se dirigiram ao seu quarto, onde foram presos sob aquela acusação. O casal, identificado nos autos como *white* e *colored*, declarou-se culpado e foi sentenciado a um ano de prisão, tendo sido suspensa a sentença com a condição de que eles deixassem o Estado e não regressassem por 25 anos.

sendo que apenas a 13ª Emenda (que abolia a escravidão) estava direcionada também aos particulares. Assim, nenhuma lei poderia fixar regras de conduta para particulares, fundamentando-se na 14ª Emenda. Contudo, o Tribunal Maior, aos poucos, foi alargando o conceito de Estado e ampliando a noção de sujeito ativo quanto à possibilidade de ofensa aos direitos dos cidadãos. “Concebendo a teoria do *State Action*, a Corte reconheceu que algumas atividades, ainda que exercidas por particulares, possuíam caráter eminentemente público, o que equivaleria a uma função estatal. Portanto, suas condutas poderiam ser limitadas pelas restrições estabelecidas pelos direitos fundamentais” (p. 142). Faz-se aqui, portanto, o registro, apenas para a dicção do alcance jurídico respectivo (instalações públicas), sendo certo que o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mesmo em matéria racial, refoge ao objeto do presente estudo.

¹⁴⁶ Idem, p. 163.

¹⁴⁷ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 123.

¹⁴⁸ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 115. No Brasil, apenas por mera coincidência, o dia 12 de junho é comemorado como o “dia dos namorados”.

Os Loving, então, mudaram-se para Washington, D.C. e, em 1963 (já com três filhos), resolveram recorrer da sentença na qual o juiz declarara: *“Deus Todo-Poderoso criou as raças branca, preta, amarela, malaia e vermelha, e as colocou em continentes separados. E, a não ser pela interferência nesse arranjo, não haveria motivo para tais matrimônios. O fato de que Ele separou as raças mostra que Ele não pretendia que as raças se misturassem”*. A Corte Suprema de Apelações do Estado da Virginia manteve a sentença, porque as leis anti-miscigenação da Virginia tinham o propósito de *“preservar a integridade racial de seus cidadãos”* e evitar a *“adulteração de sangue”*. No veredito final, porém, a Corte Suprema dos Estados Unidos *“...bombardeou impiedosamente as leis discriminatórias da Virginia e os argumentos de seus tribunais, tachando-os como ‘medidas destinadas a conservar a supremacia branca’ e declarando inconstitucionais todas as ‘medidas que restringem os direitos dos cidadãos sob a invocação da raça’*. Os juízes caracterizaram *‘as distinções entre cidadãos derivadas apenas de suas ancestralidades’ como ‘odiosas para um povo livre cujas instituições estão fundadas na doutrina da igualdade’...*”¹⁴⁹, considerando a legislação infraconstitucional objurgada, em suma, como violadora da *equal protection clause*, consubstanciada na 14ª Emenda. Chegava ao fim a *Era Jim Crow* e o segregacionismo que ela institucionalizara.

1.3.2.3. Um passo a frente

Como dito em linhas pretéritas, as ações afirmativas começaram a ser implantadas nos Estados Unidos pelo próprio Estado, visando a apaziguar os ânimos dos movimentos negros que, nas décadas de 1950 e 1960, mostravam-se impacientes com os rumos de uma integração incompleta à sociedade e, também, com a feroz resistência de grupos de americanos brancos que atacavam deliberadamente seus irmãos de cor e, não raro, assassinavam suas lideranças, o que, entre os negros, descambava para o sentimento generalizado sobre a existência de um insuperável preconceito da maioria branca no país, fomentando ainda mais o ódio e a intolerância racial de parte a

¹⁴⁹ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 116.

parte, ao ponto de se temer a eclosão de uma segunda guerra civil cujos efeitos deletérios, evidentemente, seriam devastadores e incalculáveis.

Os episódios de violência daqueles dias indicavam, de fato, que a possibilidade de se disseminar uma desestabilização geral na América era uma ameaça real¹⁵⁰, cujo ponto culminante foi o homicídio do maior líder da causa negra, Martin Luther King¹⁵¹. Quando ele estava a organizar a Marcha dos Pobres sobre Washington, ocorreu uma rebelião dos lixeiros de Memphis, no Estado do Tennessee, o que o fez adiar a marcha, em solidariedade às vítimas de Memphis. Logo depois, no dia 4 de abril de 1968, Martin Luther King morreu assassinado no balcão do Motel Lorraine, com um tiro na garganta disparado por James Earl Ray, um foragido da penitenciária do Missouri. King tinha apenas 39 anos de idade, e a onda de violência que se seguiu a sua morte foi quase incontrolável, fazendo com que tropas federais precisassem ser chamadas para conter os ânimos da população enfurecida em Chicago,

¹⁵⁰ Acerca da violência racial na década de 1960 e sua ameaça para os EUA, Roberta Fragoso traz a lume excerto do sociólogo norte-americano John David Skrentny, em que relata o seguinte: *“Assim era a vida em meados da década de 60 na América urbana. As violências negras misteriosas continuavam explodindo em centenas de cidades pela América, aparentemente ao acaso. Doug McAdam, em um dos poucos estudos do movimento de direitos civis que vão além da legislação promulgada em 1964 e em 1965, contou 290 ‘explosões hostis’ no período de 1966 a 1968. 169 pessoas foram assassinadas na violência, 7.000 ficaram feridas, e mais de 40.000 foram presas. E esta projeção é conservadora. A Câmara de Compensação sobre a Desordem Civil na Universidade de Brandeis registrou 233 desordens somente em 1967, e 295 desordens nos primeiros quatro meses de 1968. McAdam afirma que ‘não seria um exagero sustentar que o nível de desafio aberto para a ordem econômica e política estabelecidas foi maior durante este período do que em qualquer outro da história deste país, salvo a Guerra Civil’.* E a situação se agravava por causa da atuação da polícia nas manifestações, que sempre respondia com intensa brutalidade, muitas vezes ferindo com gravidade e até matando os militantes, o que só acirrava o caos social. (KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173).

¹⁵¹ Em sua esmerada e vitoriosa atuação pacifista, Luther King iniciou sua trajetória de iluminada liderança, a partir de um famoso episódio de discriminação legal ocorrido logo após o caso Brown. *“No dia 1º de dezembro de 1955, uma costureira negra chamada Rosa Parks, ao utilizar-se do transporte público em Montgomery, no Estado do Alabama, recusou-se a ceder o lugar para um passageiro branco, o que ensejou a sua prisão. Martin Luther King, então pastor de uma Igreja local, resolveu organizar um boicote pacífico contra as empresas de ônibus que adotavam a segregação em seus assentos, aconselhando os negros a não mais usarem esse tipo de transporte. As empresas de ônibus foram praticamente à falência. O boicote, que durou mais de um ano, somente se encerrou quando, por meio de decisão judicial, pôs-se fim à segregação nos transportes públicos. Assim teve início a Associação para Melhoramentos de Montgomery, cuja índole pacifista se caracterizava pela insurreição sem violência e cuja liderança revelou ao mundo a atuação impecável de Martin Luther King, que combinava a pregação de ativista com o cristianismo e a ética de Gandhī”.* (Apud KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 154).

Washington, Detroit, Nova York, Boston e Memphis, sem contar os incêndios e derramamento de sangue que ocorreram em outras 150 cidades espalhadas pelo país.¹⁵²

Foi nesse cenário belicoso, portanto, que a União passou a adotar medidas tendentes à inclusão social dos negros, valendo lembrar que, antes mesmo do caso *Plessy*, a Suprema Corte já havia firmado o entendimento (no julgamento do *Civil Rights Cases*)¹⁵³ segundo o qual o conteúdo da 14ª Emenda só se aplicava à discriminação estatal, não a proibindo entre particulares; por isso que o intuito precípua da citada Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission*), criada no governo Kennedy, era a identificação e revisão de todas as políticas segregacionistas oficiais porventura existentes, implementando no lugar delas uma política que não levasse em consideração a raça como fator de exclusão.

Tal preocupação – repita-se – ainda não inaugurara o período de implementação da *affirmative action* nos EUA, embora estudos daquela época já demonstrassem que o Estado deveria adotar uma postura pró-ativa nessa matéria, já que a extinção do sistema discriminatório existente no país andava a passos lentos desde o julgamento do caso *Brown*, em 1954 (tendo sido reduzida a eficácia das ordens executivas implementadas no início da década de 1960, adrede mencionadas), donde a relação direta com as revoltas populares que só aumentavam, o que levou o governo Kennedy, inicialmente, a elaborar uma proposta mais densa que viria a se constituir na Lei dos Direitos Civis de 1964, por meio da qual a segregação foi proibida formalmente em diversas áreas sociais, incluindo acomodações públicas e programas de governo e emprego. Contudo, o próprio presidente Kennedy foi assassinado, isto em 22/11/1963, tendo sido o *Civil Rights Act* promulgado no governo Lyndon Johnson, que também o fez, no ano seguinte, em relação à Lei dos Direitos de Voto (*Voting Rights Act*) de 1965, dando, assim, efetividade,

¹⁵² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Op. cit.*, p. 158. Segundo a autora, o funeral de King, realizado em Atlanta, reuniu mais de 100 mil pessoas.

¹⁵³ Vide nota 145.

finalmente, à 15ª Emenda, na medida em que garantiu aos negros o lúdimo direito de votar e ser votado (como qualquer cidadão branco).¹⁵⁴

Ainda assim, os conflitos não cessavam. É como se o governo federal houvesse perdido o ponto, tardando por demais em atuar efetivamente para pôr termo às discriminações de natureza racial que dividiam a nação. Sem saber muito mais o que fazer, o governo Johnson apressou-se em criar a Comissão Nacional Consultiva da Desordem Civil (popularizada como *Kerner Commission*, em homenagem a seu presidente, Otto Kerner), cuja missão institucional era identificar as raízes do problema racial no país e indicar, o mais rápido possível, instrumentos aptos à solução dessas questões. Em seu profícuo trabalho, a Comissão concluiu que os EUA estavam se movendo para formar duas sociedades: uma negra e outra branca, separadas e desiguais. E, sem meias palavras, colocou a culpa na “sociedade branca” por arrastarem os negros aos guetos da pobreza e da exclusão, tendo recomendado que o governo desse início a amplos programas sociais nas áreas de educação, emprego, habitação e treinamento, adotando, para tanto, estratégias de ação que produzissem “um rápido e visível progresso”.¹⁵⁵

Conquanto o seu germen tenha sido lançado ainda nos governos Kennedy e Johnson, como visto, as políticas de “discriminação reversa” só começaram a ser implantadas de fato no início da década de 1970, já sob o governo de Richard Nixon, sendo certo que as preferências raciais foram aceitas, no início, sem muita resistência, na medida em que se acomodavam perfeitamente à noção sedimentada do *melting pot*¹⁵⁶, “...ajudando os negros a

¹⁵⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 170.

¹⁵⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 174 e 175.

¹⁵⁶ Trata-se, grosso modo, de um termo bastante utilizado nos Estados Unidos para designar a América como um país de imigrantes que foi capaz de agregar raças e culturas bastante diversas sob o mesmo território, formando uma nova nação. Textualmente, significa “caldeira de fusão”, ou seja, “cadinho”, recipiente em forma de pote utilizado para fundir metais. Demétrio Magnoli, contudo, adverte para o fato de que “Ao longo do século XIX, com a consolidação do racismo científico, o *melting pot* adquiriu um sentido bem diverso do original – e contrastante com o significado literal da expressão. Não se tratava mais de uma ‘fusão’ de sangues, mas da coexistência de cepas diferentes numa moldura política única, definida pelos valores da ‘República dos cidadãos’. Algo bem mais próximo de uma salada de frutas que de

encontrarem para si mesmos um lugar proporcional no condomínio de raças da sociedade americana”, disseminando-se, a partir de então o uso do termo “afro-americano”, no lugar de “negro”. Tais programas de ação afirmativa, baseados em cotas para negros¹⁵⁷, não demandavam a produção de conceitos novos, já que a regra da “gota de sangue única”¹⁵⁸ estabeleceria há muito o limite entre as raças, de maneira que as iniciativas federais e universitárias de preferências raciais não precisavam se ocupar com a definição do público-alvo que seria beneficiado.¹⁵⁹

Não tardou, porém, para que se reiniciassem as disputas judiciais em torno do princípio da igualdade consagrado na 14ª Emenda (bem assim no Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, que veda qualquer tratamento diferenciado em razão da raça)¹⁶⁰, já que, desta feita, muitos “brancos” passaram a sentir-se discriminados. Assim, nas décadas de 1970 e 1980, o papel do Poder Judiciário dos EUA, mormente do Tribunal Maior, foi de fundamental importância para a consolidação das políticas de ação afirmativa,

um cadinho de metais” (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 117).

¹⁵⁷ Roberta F. M. Kaufmann lembra, porém, “...que os principais líderes negros, como Martin Luther King – Presidente da Conferência da Liderança Cristã Sulina –, Roy Wilkins – Presidente da Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor – e James Farmer – Diretor Nacional do Congresso da Igualdade Racial, não apoiavam uma política de cotas para integração racial. Os interesses desses grupos restringiam-se à adoção de uma política não-segregacionista, o que efetivamente foi realizado nos governos de John Kennedy e Lyndon Johnson”. (KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168).

¹⁵⁸ Magnoli identifica as origens do conceito da *one drop rule* com o tempo da “Reconstrução”, citando passagem de Seaborne Anderson Roddenberry, “um nome obscuro da história política americana”, nascido no Estado da Geórgia, em 1870, cinco anos depois da derrota dos confederados na Guerra Civil, e que se tornou advogado e, depois, prefeito da cidade de Thomasville, vindo a se eleger deputado federal pelo partido Democrata, no ápice de sua carreira, vindo a falecer em 1913. Segundo Magnoli, “o único sinal duradouro de sua passagem pelo Capitólio é uma proposta de emenda constitucional, rejeitada na sessão de 11 de dezembro de 1912 (em que) dizia: ‘O casamento entre negros ou pessoas de cor e caucasianos ou qualquer outro tipo de pessoas, nos EUA ou em qualquer território sob sua jurisdição, fica proibido para sempre; e a expressão “negro ou pessoa de cor”, como aqui empregada, deve ser tomada como significando toda e qualquer pessoa de ancestralidade africana ou que tenha qualquer traço africano ou sangue negro”. Por mais impressionante que possa parecer hoje, essa regra, posteriormente (arrefecido o período da “Reconstrução”), com algumas variações, foi adotada em vários Estados americanos que aplicavam as *Leis Jim Crow*. (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 113).

¹⁵⁹ MAGNOLI, Demétrio. Op. cit., p. 128.

¹⁶⁰ Cfe. KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 181-182.

sendo incontestável que a Suprema Corte influenciou fortemente na formatação do perfil dessas políticas, ao definir, ela própria, diretrizes e paradigmas que foram seguidos por toda a sociedade¹⁶¹.

Com efeito, a primeira oportunidade de a Corte Suprema se pronunciar sobre o núcleo jurídico da questão se deu no caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265 – 1978), em que o candidato à escola de Medicina, Allan Bakke apelou aos tribunais depois de não conseguir vaga, mesmo tendo obtido resultados melhores que os dos aprovados a vagas reservadas.¹⁶² Bakke era um engenheiro (branco) de trinta e dois anos, veterano da Guerra do Vietnã, e, antes, tentara sem sucesso ingressar em várias faculdades de medicina. Em 1974, pela segunda vez foi recusado pela Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia. O sistema de admissão naquela instituição era complexo, porquanto classificava seus candidatos a partir de diversos fatores, a saber: notas do curso de graduação, notas médias nas disciplinas de ciências, a pontuação no Teste de Admissão para as Faculdades de Medicina, as cartas de recomendação, as atividades extracurriculares e outras informações biográficas dos candidatos, com especial atenção para a sua raça. Bakke, então, processou a Faculdade sob o argumento de que fora discriminado em razão de sua raça, uma vez que suas notas teriam sido superiores à média das notas dos candidatos aprovados para as vagas reservadas a cotistas (indivíduos em condições desvantajosas econômica ou educacionalmente, ou, ainda, membros de minorias como os negros, índios, descendentes de mexicanos ou asiáticos).¹⁶³

De um total de 100 vagas, 16 tinham sido reservadas para membros daqueles grupos minoritários e/ou em condições econômicas ou educacionais desvantajosas, de maneira que Bakke só poderia concorrer a uma das 84 vagas remanescentes. O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, sob o fundamento de que, embora fosse ilegal o critério racial adotado pela Faculdade, o autor não teria comprovado que, caso inexistisse o

¹⁶¹ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33.

¹⁶² MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 128.

¹⁶³ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-99.

programa de cotas, ele teria sido admitido. Todavia, a Suprema Corte do Estado da Califórnia reformou a sentença e deu ganho de causa a Bakke, por entender que a mera utilização de um critério racial já seria suficiente para inviabilizar o programa, decisão esta que foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte que se utilizou, porém, de fundamentos fragmentados, já que os nove juízes apresentaram diferentes posições acerca do tópico, sem que se obtivesse a maioria em qualquer uma delas, pelo que restou, afinal, o pronunciamento de duas decisões, ambas por um placar de 5 votos a 4: 1ª) Bakke deveria ser admitido na Faculdade de Medicina, pois o Título VII do *Civil Right Act* de 1964 foi desrespeitado; 2ª) não existiriam impedimentos para que, observadas determinadas condições, a raça ou a etnia fosse adotada como critério seletivo em programas elaborados para beneficiar determinados grupos sociais.¹⁶⁴

Assim, o caso *Bakke* acabou tornando-se um marco, entre outras razões, porque tanto aqueles que se declaravam favoráveis às ações afirmativas quanto os que lhe eram contrários comemoraram o seu resultado de forma entusiasmada. É que, como visto, se por um lado a Suprema Corte manteve Bakke na Faculdade (uma vitória para os opositores das cotas), de outro, pontificou que a raça poderia ser considerada como critério para o ingresso de candidatos à universidade (ainda que não sob a forma de um sistema inflexível de cotas), donde a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.¹⁶⁵

No ano seguinte, contudo, a Suprema Corte validou a aplicação de cotas no caso *United Steelworkers of America v. Weber* (443 U.S. 193 – 1979). Brian Weber acionou a Kaiser Aluminum, por ter sido rejeitado para o programa de treinamento profissional, sob a alegação de que não tinha tempo suficiente, ainda que empregados negros menos antigos tivessem sido matriculados no mesmo programa¹⁶⁶. A rejeição ocorreu em função de um plano de ação

¹⁶⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. Op. cit., p. 100.

¹⁶⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 191.

¹⁶⁶ Tal programa fora criado para aplacar distorção verificada na empresa, consistente no fato de apenas 1,8% de seus empregados negros ocuparem posição de destaque na corporação,

afirmativa da empresa (decorrente de acordo coletivo com o sindicato dos trabalhadores de aço, *United Steelworkers of America*) estabelecido pela companhia para manter seu *status* de contratada do governo. O argumento utilizado por Weber foi que a empresa violara a Lei dos Direitos Civis de 1964 ao fazer discriminação com base na raça. Com efeito, a seção 703 (a) da lei declara ser vedado a um empregador “discriminar contra qualquer indivíduo com respeito à sua compensação, termos, condições ou privilégios no emprego em função da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional do indivíduo” e a seção 703 (d) é mais específica ao estipular ser proibido “discriminar contra qualquer indivíduo” no “aprendizado ou outro treinamento”.¹⁶⁷

Acontece que, malgrado a clareza das disposições legais, a Suprema Corte votou, por maioria, contra o pleito de Weber, extraindo-se do voto condutor proferido pelo *Justice* William J. Brennan, a rejeição a uma interpretação literal da lei, cujo espírito revela como preocupação central o problema econômico dos negros, de modo que ela não obsta “ação afirmativa temporária e voluntária tendente a eliminar manifesto desequilíbrio racial em categorias de empregos tradicionalmente segregadas”¹⁶⁸. Segundo Thomas Sowell, “O afastamento completo de Brennan da letra do estatuto legislativo foi descrito por um dos opositores daquela sentença como recordação das grandes escapadas de Houdini”¹⁶⁹. Seja como for, como atenta Roberta Fragoso, a decisão da Suprema Corte prolatada no caso *Weber* não conflita com a emanada no caso *Bakke*, uma vez que o princípio da igualdade não estivesse em questão em *United Steelworkers of America v. Weber*. Para ela, “Os julgamentos foram distintos porque, segundo a teoria da *State Action* – Ação Estatal, apenas os entes governamentais ou as organizações a tais equiparadas seriam obrigadas a respeitar a igualdade constitucional, o que não

sendo que os negros representavam 39% da mão de obra disponível na região. (Cfe. KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 191).

¹⁶⁷ SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Com prefácio do autor para a edição brasileira. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 167.

¹⁶⁸ Apud SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Com prefácio do autor para a edição brasileira. Op. cit., p. 167-168.

¹⁶⁹ SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). Op. cit., p. 168.

*acontecía no caso concreto, haja vista ter sido o programa afirmativo desenvolvido, no caso Weber, voluntariamente por uma empresa privada. Desse modo, a Corte entendeu que o programa afirmativo desenvolvido voluntariamente pela empresa não se constituía em uma ação estatal e que, portanto, o caso não apresentava um problema constitucional a ser resolvido, sendo decidido somente a partir da aplicação da Lei dos Direitos Civis de 1964*¹⁷⁰, sendo certo que esse julgado teve especial importância por haver estabelecido, dentre outros parâmetros a serem observados em casos futuros, que os programas de ação afirmativa deveriam ter um prazo de duração, de maneira que a seleção prevista na empresa terminaria quando fosse atingido o percentual previsto; ou seja, não duraria para sempre.¹⁷¹

Abstraído o não enfrentamento da questão constitucional, houve, para T. Sowell, nítida inconsistência no padrão decisório da Suprema Corte dos EUA, pois no caso *Regents of the University of California v. Bakke* considerou-se inválida a aplicação de cotas, ao passo que, no caso *United Steelworkers of America v. Weber*, ao fim e ao cabo, elas foram consideradas válidas, daí o que ele enxerga como padrão “zigue-zague” das decisões daquele Tribunal Excelso que se prolongou com o passar dos anos, ao ponto de deixar impressa a sua crítica mais ácida à omissão metodológica da jurisprudência norte-americana, dizendo o seguinte: “A questão real é o que deve e o que não deve ser feito, por quem, por qual razão e por quanto tempo. Perguntas que permanecem sem resposta”¹⁷². De maneira que, por certo, nada obstante tenha a Suprema Corte declarado a constitucionalidade de algumas medidas

¹⁷⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 193. A autora esclarece que, no caso Weber, tratava-se de uma empresa privada não equiparada a ente governamental, ao passo que, no caso Bakke, havia a Faculdade de Medicina de uma unidade da Federação, que é uma entidade de interesse público, donde a equiparação com o Estado, de maneira que o princípio constitucional da igualdade (14ª Emenda) exige (consoante escólio de R. Dworkin) “...que os Estados (...) tratem as pessoas como iguais, mas não impõe tal exigência a instituições privadas, a menos que a ‘ação estatal’ esteja envolvida no que fazem essas instituições privadas”, razão por que (ela complementa) “Desse modo, por a Corte Maior não acatar a pura aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o princípio da igualdade não seria aplicável na relação entre particulares, e, portanto, seria constitucional o programa afirmativo”.

¹⁷¹ Idem, p. 194.

¹⁷² SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais. Com prefácio do autor para a edição brasileira*. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 169.

afirmativas, “...não conseguiu desenvolver uma linha de raciocínio uniforme nos diversos julgamentos”¹⁷³, sendo da mesma opinião Paulo Lucena de Menezes, apontando para pesquisa de Michel Rosenfeld, no sentido que “*De Regents of the University of California v. Bakke até 1990, a Suprema Corte julgou pelo menos dez importantes processos versando sobre ação afirmativa. No entanto, como aponta Rosenfeld, o aspecto mais marcante de todas estas decisões, quando analisadas em conjunto, é a constatação de que o referido Tribunal não conseguiu definir, com clareza e autoridade, os exatos limites da ação afirmativa*”¹⁷⁴.

Não obstante, é possível, *cum grano salis*, dividir a atuação da Suprema Corte em três fases mais ou menos distintas: uma primeira fase (década de 1970) marcada pela indecisão do Tribunal Maior quanto à validade das ações afirmativas em matéria racial, suas características e seus limites; uma segunda fase (década de 1980) marcada tendencialmente pela aprovação às medidas de ação afirmativa; e, por fim, uma terceira fase (a partir do final da década de 1980) marcada por uma gradativa restrição desse gênero de medidas, notadamente porque o presidente dos EUA à época, Ronald Reagan, opositor das políticas de ação afirmativa, conseguiu mudar o perfil ideológico não apenas dos membros das instâncias inferiores, mas também da mais alta Corte de Justiça do país.¹⁷⁵

Por outro lado, desde o caso *Bakke*, observa-se no âmbito da Suprema Corte uma preocupação com o aperfeiçoamento dos critérios interpretativos (*standards*) a serem aplicados quando do enfrentamento de questões concernentes a ações afirmativas, sempre vinculadas à cláusula da igual proteção positivada na 14ª Emenda, lembrando Eduardo Appio, em clara discordância com a crítica de Sowell, que a Suprema Corte norte-americana “...ao longo de sua história (...) passou a considerar que é da própria natureza do Poder Legislativo a prerrogativa de, no exercício de sua discricionariedade,

¹⁷³ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 193.

¹⁷⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

¹⁷⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade - o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 238.

fixar distinções entre grupos e pessoas, atentando, exatamente, para as suas naturais diferenças. Bem por isso, o simples fato de uma lei trazer uma classificação não conduz, automaticamente, à declaração de sua nulidade por ofensa à cláusula da igual proteção".¹⁷⁶ Tendo em conta essa compreensão e o esforço de uma construção jurisprudencial pertinente, é possível extrair, da lógica interpretativa utilizada, uma metódica em desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana, quando em causa o princípio da igualdade, que consiste na avaliação de três critérios distintos: o critério judicial mínimo (*rational basis test*), o critério judicial intermediário (*intermediate scrutiny*) e o critério judicial rígido (*strict scrutiny test*). De maneira que toda vez que houver limitação à cláusula de que *todos são iguais perante a lei*, as normas infraconstitucionais que a determinaram poderão ser analisadas a partir de tais critérios.¹⁷⁷

Com efeito, em apertada síntese, o critério do escrutínio mínimo tem por pressuposto que a presunção de constitucionalidade da lei ou ato administrativo impugnado demanda tão somente a demonstração de que a desigualdade prevista na norma está razoavelmente ligada a um interesse estatal, servindo a um objetivo social útil.¹⁷⁸ Por sua vez, o escrutínio intermediário exige dos responsáveis pela lei ou ato (normativo ou administrativo) impugnado a) que fique demonstrado que a classificação sirva a um ou mais objetivos governamentais importantes (*significant government interest*); b) que esses objetivos descrevam propósitos genuínos e não conjecturais; c) que os meios discriminatórios utilizados estejam substancialmente relacionados com tais objetivos.¹⁷⁹ E, finalmente, o teste do

¹⁷⁶ APPIO, Eduardo. Direito das Minorias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 237.

¹⁷⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188-189. O problema, segundo a mesma autora, é que, por ocasião do julgamento dos casos concretos em que se discutiam políticas de ação afirmativa, "*Na maioria das vezes, os Justices somente concordavam quanto ao desfecho do caso, mas a linha de pensamento de cada um deles era bastante diferente do pensamento dos demais pares*" (p. 182).

¹⁷⁸ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 189.

¹⁷⁹ APPIO, Eduardo. Direito das Minorias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 245.

escrutínio rígido parte da presunção de que o fator de *discrímen* eleito pela norma objurgada é inconstitucional, cabendo ao aplicador do critério demonstrar que as medidas previstas são as menos restritivas possíveis (*narrowly tailored measures*) entre as destinadas a fomentar interesses estatais cogentes (*compelling governmental interests*)¹⁸⁰, de modo que limitações a direitos com base na raça somente serão declaradas constitucionais se o poder público desincumbir-se de comprovar que houve um interesse estatal de tal monta a ensejar, necessariamente, a edição da norma restritiva, sendo, do contrário, declarada inconstitucional, se tal interesse não restar patentemente demonstrado¹⁸¹.

Subjacentemente à controvérsia envolvendo ditos *standards* interpretativos, consoante Joaquim Barbosa, vicejava o debate entre duas correntes do Direito norte-americano: de um lado os liberais, defensores da aplicação do escrutínio mínimo, “*que confere aos órgãos governamentais uma mais ampla margem de discricionariedade na concepção das medidas tendentes a pôr cobro à discriminação e aos seus efeitos*”; de outro, os conservadores, favoráveis à utilização do escrutínio rígido – contrários à utilização de “*classificações suspeitas*”, ainda que as ações governamentais tenham caráter “*benigno*”, sendo que tais correntes de pensamento também seriam responsáveis pela cisão que separa os partidários de soluções jurisdicionais de cunho coletivo, identificado com os setores progressistas do pensamento americano – que costumam reconhecer “*a natureza muitas vezes estrutural de certas questões relativas aos direitos de minorias*” –, dos chamados “*individualistas radicais*” – normalmente filiados ao pensamento conservador, e “*refratários a soluções jurisdicionais que não aquelas oriundas de conflitos inter-individuais*”.¹⁸²

Entrementes, naqueles anos do auge das políticas de preferências raciais, a Corte Constitucional americana tentava conciliar o princípio da igualdade com as demandas de correção do legado discriminatório (justiça

¹⁸⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 61-62.

¹⁸¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁸² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade - o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 110-112.

compensatória) e de promoção da diversidade (justiça distributiva), como se deu em 1987, no caso *United States v. Paradise* (480 U.S. 149 – 1987), onde o Tribunal Maior apoiou a decisão de uma Corte Federal que havia chancelado cotas raciais para contratações e promoções no Departamento de Segurança Pública do Estado do Alabama, e cujo veredito arrimou-se na comprovação de aquele Departamento, em um Estado de antigas tradições segregacionistas, mantinha práticas de “*persistente, sistemática e obstinada exclusão discriminatória de negros*”.¹⁸³ Mas, o argumento da reparação histórica, por si só, nunca foi suficiente para legitimar políticas de preferência racial, de que é exemplo o caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (488 U.S. 469 – 1989), onde a Suprema Corte julgou inconstitucional um programa municipal de reserva de 30% do orçamento de obras públicas para a contratação de empresas de proprietários negros, sob o fundamento principal de que “*uma alegação indeterminada de que houve discriminação no passado em certo setor não pode justificar o uso inflexível de cotas raciais*”.¹⁸⁴

Já no caso *Adarand Constructors Inc. v. Peña* (515 U.S. 200 – 1995), a Corte Suprema adotou, *tout court*, o critério do escrutínio rígido para julgar a questão. Ocorre que a empresa *Mountain Grave & Construction Co.* venceu uma concorrência promovida pelo governo federal e, atendendo a uma determinação de que era necessário subcontratar com minorias, promoveu uma licitação para tanto, em cujo certame a *Adarand Constructors Inc.* fez a menor proposta para o projeto de instalar grades de proteção na Floresta Nacional de San Juan, mas não conseguiu fechar negócio, porque a empresa *Gonzales Construction Co.* era de propriedade de grupos representantes de minorias e apresentara condições razoáveis (embora não melhores do que as de *Adarand*). Inconformada, a empresa lograda ajuizou demanda em face do Departamento de Transporte, cujo diretor era Frederico Peña, por entender que a política de ação afirmativa de subcontratação de minorias violava a garantia constitucional de igual proteção (e o devido processo legal). Depois de perder em primeira e segunda instâncias, *Adarand* sagrou-se vitoriosa perante a Suprema Corte que determinou o retorno dos autos às instâncias inferiores, a

¹⁸³ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 129.

¹⁸⁴ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 129.

fim de que o caso fosse reapreciado a partir de um escrutínio rígido, tendo sido claro o voto condutor da *Justice* Sandra O'Connor no sentido de que todos os programas governamentais, não importando se locais, estaduais ou federais, que envolvessem classificação por raça “*deveriam estar sujeitos a uma detalhada investigação judicial para assegurar que o direito individual de ser tratado com igualdade sob as leis não havia sido infringido*”.¹⁸⁵

A decisão em *Adarand Constructors Inc. v. Peña* ressoou imediatamente na Casa Branca, tendo o presidente Bill Clinton (um defensor das políticas de preferência racial) estabelecido, já no segundo semestre de 1995, uma série de “parâmetros sobre ação afirmativa”, onde basicamente eliminava o uso de cotas numéricas, interpretando, porém, a palavra dos juízes da Suprema Corte como sinal de reafirmação daquelas políticas. Todavia, logo no ano seguinte, na primeira oportunidade que teve, a Corte contrariou as expectativas presidenciais. Foi no caso *Hopwood v. University of Texas Law School* (78 F.3d 932 - 5th Cir. – 1996), onde restou confirmado acórdão proferido em uma Corte de Apelações que tinha suspenso o programa de ação afirmativa na admissão à Faculdade de Direito do Texas, sob color de inapropriada utilização da raça como fator entre outros na seleção de candidatos¹⁸⁶, muito embora, como esclarece Ronald Dworkin¹⁸⁷, o que aconteceu ali foi que dois dos três juízes daquele Quinto Tribunal Itinerante de Apelação “...declararam que as decisões recentes da Suprema Corte com relação às políticas de ação afirmativa em áreas que não sejam a da educação já anularam *Bakke*, na prática, de modo que agora toda ação afirmativa universitária é inconstitucional”, e “A Suprema Corte recusou-se a rever o veredito...” (ou seja, não conheceu do recurso constitucional).

De qualquer forma, essas últimas decisões causaram impacto também no plano legislativo norte-americano, que caminha para uma maior restrição às políticas de ação afirmativa, e cujo marco foi a aprovação por 54% do

¹⁸⁵ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 200-201.

¹⁸⁶ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 133.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald; Jussara Simões (Trad.). *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 581-582.

eleitorado do Estado da Califórnia, por meio de plebiscito, da *Proposition 209*. Tal lei proíbe que o respectivo Estado discrimine qualquer indivíduo ou a ele dê tratamento preferencial em razão da raça, sexo, origem nacional, etc., nas relações de emprego público, contratação pública ou educação pública, vedando indiretamente a possibilidade de aplicação de medidas de ação afirmativa pelo governo de um dos Estados pioneiros nesse gênero de política de inclusão. E, apesar de a *Proposition 209* ser aplicável apenas à administração estadual – não abrangendo, portanto, o âmbito de atuação da União ou de pessoas de direito privado –, essa lei serviu de inspiração a muitas propostas apresentadas a órgãos legislativos de diversos Estados e Municípios¹⁸⁸, tendo sido aprovada, por exemplo, em 1998, no Estado de Washington, a Iniciativa 200, abolindo completamente os programas de ação afirmativa.¹⁸⁹

Não obstante, o que se observa é que, no final da década de 1990, ainda havia uma cisão na Suprema Corte norte-americana acerca do entendimento antes consolidado de utilização da raça como *fator acessório* em programas educacionais. Sucede que uma primeira batalha foi travada no caso *Grutter v. Bollinger* (539 U.S. 306 – 2003), envolvendo o sistema de admissão à Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, que gerara vereditos contraditórios em instâncias inferiores.¹⁹⁰ Como tal sistema levava em consideração o grupo étnico do candidato (negro, hispânico, indígena, etc.), Barbara Grutter processou a Universidade (dirigida, à época, por Lee Bollinger), sob o fundamento de que sua matrícula fora recusada pela Faculdade de Direito por discriminação, uma vez que ela era branca e havia obtido excelentes notas, tendo sido criado em favor dos candidatos pertencentes a certas minorias vantagens indevidas que atentariam contra a cláusula do igual tratamento e a Lei dos Direitos Civis de 1964.¹⁹¹

¹⁸⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 144.

¹⁸⁹ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁰ MAGNOLI, Demétrio. *Op. cit.*, p. 134.

¹⁹¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 202.

A disputa, então, aportou na Corte Constitucional que, em 2003, por uma maioria de 5 votos a 4, permitiu o uso da raça como *um dentre vários fatores de seleção*, invalidando, por conseguinte, *Hopwood versus Universidade do Texas*.¹⁹² Significa dizer que foi confirmada a decisão de improcedência (do pedido de Grutter) proferida pela Corte Estadual, no sentido de que a política afirmativa utilizada atendera ao requisito do *narrowly tailored*, ou seja, usou o critério racial de uma forma estritamente desenhada para a concretização do objetivo traçado pela Universidade (de incrementar a diversidade no corpo discente), donde a caracterização de um interesse público imperativo.¹⁹³

Ainda como corolário daquela primeira batalha judicial, tem-se o caso *Gratz et al v. Bollinger e al* (539 U.S. 244 – 2003), em que Jennifer Gratz e Patrick Hamacher, ambos brancos, processaram a Universidade de Michigan, em razão da recusa de suas matrículas na Faculdade de Literatura, Ciências e Artes, alegando que o programa de favorecimento das minorias – que garantia a seus membros, automaticamente, 20 pontos de um total de 100, para assegurar a admissão –, também era contrária à cláusula da igual proteção e à Lei dos Direitos Civis de 1964. Na ocasião, a Suprema Corte, tendo o *Justice Rehnquist* como relator do acórdão, decidiu (por 6 votos a 3) que o pedido dos autores era procedente, uma vez que os pontos seriam garantidos somente por causa da raça, independentemente do passado escolar dos candidatos beneficiados, o que não se adequava a uma política estritamente desenhada para alcançar o alegado interesse escolar da diversidade, violando-se, assim, a cláusula da igual proteção. De qualquer forma, porém, não restou afastada a possibilidade de a raça ser utilizada como um dos critérios a ser levado em consideração.¹⁹⁴

De acordo com Demétrio Magnoli, a segunda batalha (tendo por objeto a possibilidade de utilização da raça como um dos fatores a serem considerados em programas educacionais) travou-se em 2007 e teve um

¹⁹² MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 134.

¹⁹³ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., p. 202-203.

¹⁹⁴ Idem, p. 205-206.

desfecho diferente. Eram duas apelações distintas sobre programas de “equilíbrio racial” em escolas secundárias, mas foram juntadas para julgamento em *simultaneus processus*, restando decididas em *Parents versus Seattle* cujo veredito “proibiu o uso de critérios raciais na admissão de matrículas de estudantes”¹⁹⁵, baseando-se o referido autor na transcrição do voto veiculador da posição majoritária, onde se pode ler “passagem crucial” (na opinião do mesmo autor) que é a seguinte: “Ações governamentais que dividem o povo por meio da raça são essencialmente suspeitas, pois tais classificações promovem noções de inferioridade racial e conduzem a políticas de hostilidade racial; reforçam a crença sustentada por tantos durante tanto tempo de nossa história, de que os indivíduos devem ser avaliados pela cor de sua pele; endossam argumentações baseadas na raça e a concepção de uma nação dividida em blocos raciais, contribuindo desse modo para uma escalada de hostilidade racial e conflito”¹⁹⁶.

Em verdade, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District nº. 01 et Meredith v. Jefferson County Board of Education* refere-se a dois casos distintos que, como dito, foram julgados simultaneamente. No primeiro deles, o Distrito Escolar nº 1 de Seattle estabeleceria um método para o preenchimento de vagas nas dez escolas públicas de nível médio de sua circunscrição, consistente em que os alunos fizessem um requerimento com uma ordem de escolas de sua preferência, para depois serem promovidas as matrículas respectivas, levando em consideração critérios como: presença de um(a) irmão(ã) já matriculado na escola escolhida, a proximidade da escola em relação à residência do(a) aluno(a) e, finalmente, a composição racial da instituição e a raça do(a) estudante. Sucede que o indeferimento da matrícula requerida pela estudante Andy Meeks, para estudar na *Ballard High School*, levou uma associação de pais de alunos, a *Parents Involved in Community Schools*, a processar o Distrito Escolar nº 1, alegando, basicamente, que o indeferimento se deveu por motivos raciais, e isso violava a cláusula de igual proteção prevista na 14ª emenda, além da Lei dos Direitos Civis de 1964 e da

¹⁹⁵ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 134.

¹⁹⁶ *Apud* MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. *Op. cit.*, p. 134-135.

Lei de Direitos Civil de Washington. Após grande controvérsia nas instâncias inferiores, o processo foi aceito pela Suprema Corte.¹⁹⁷

No segundo caso, Crystal Meredith tentou matricular seu filho, Joshua McDonald, no jardim de infância mais próximo à sua residência, na cidade de Louisville (pertencente ao Condado de Jefferson), Estado do Kentucky (região historicamente marcada pela segregação racial e discriminação contra os negros), mas não havia vagas, tendo o Conselho de Educação alocado a criança em uma escola bem mais distante. Meredith, então, requereu a transferência de seu filho para a escola *Bloom Elementary*, onde existiam vagas, mas seu pedido foi indeferido pelo Conselho de Jefferson, sob a alegação de que a transferência requerida descumpriria um programa de dessegregação (implantado em 2001, e que importava na fixação de percentual mínimo de 15% e máximo de 50% de alunos negros a serem matriculados nas escolas). Mais uma vez a questão levada ao Poder Judiciário disse respeito à violação, em matéria racial, do princípio da igual proteção insculpido na 14ª emenda, tendo sido aceita para julgamento perante a Suprema Corte.¹⁹⁸

A decisão da Corte Suprema Corte foi no sentido da procedência da pretensão autoral em ambos os processos, por uma maioria de 5 votos a 4, tendo emitido a opinião majoritária da Corte o *Chief Justice* Roberts, secundado pelos *Justices* Scalia, Kennedy, Thomas e Alito, dos quais discordaram, saindo vencidos, os *Justices* Breyer, Stevens, Souter e Ginsburg. O *Justice* Roberts, utilizando-se do “*strict scrutiny*”, entendeu que os Distritos Escolares não se desincumbiram do ônus de comprovar que as medidas preferenciais adotadas eram estritamente delineadas para atender a um interesse governamental cogente; que o uso da raça na seleção dos alunos era efetivamente necessário para diminuir eventuais efeitos presentes da discriminação praticada no passado; e que a diversidade do corpo discente era indispensável.¹⁹⁹

Portanto, a consideração de que medidas afirmativas em matéria racial são suspeitas de violação ao princípio da igualdade (donde a inconstitucionalidade a priori), não passa de *obiter dictum* a respaldar o

¹⁹⁷ 551 U.S. 701 (2007).

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Ibidem.

posicionamento majoritário da Corte Suprema dos EUA, no sentido da imposição de escrutínio rígido, uma tendência, como dito anteriormente, já observada desde o final da década de 1980, e que se repetiu em *Grutter v. Bollinger* e *Gratz et al v. Bollinger e al*, configurando-se mais uma vez nesses casos posteriores, embora disso não se deva extrair que a ratio *decidendi* em *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District nº. 01* et *Meredith v. Jefferson County Board of Education* tenha sido no sentido da revogação do precedente consolidado em *Bakke*, onde se passou a construir, *mutatis mutandis*, tal *standard*.

Finalmente, o último caso em debate nos Estados Unidos envolvendo ação afirmativa em matéria racial foi a demanda proposta por Abigail Fisher contra a Universidade do Texas. Ocorre que cerca de 75% dos alunos admitidos àquela Universidade são oriundos de escolas públicas de ensino médio classificados entre os assim chamados “Top10” (os 10% melhores de sua classe), de maneira que os estudantes que se encontram nessa faixa são automaticamente admitidos às universidades públicas daquele Estado, o que ocorria desde o ano de 1997, atendendo a programa legal cujo objetivo seria aumentar a representatividade das minorias nos *campi* universitários do Texas. Todavia, em 2004, visando aumentar ainda mais a diversidade de seu corpo discente, a Universidade do Texas –, em sua avaliação de candidatos que não se inseriam na classificação do “Top10” –, passou a considerar a raça como um dos fatores dentre uma lista de circunstâncias especiais que influiriam, afinal, no índice de desempenho pessoal do candidato, a par do resultado em provas e no índice de rendimento acadêmico.²⁰⁰

Com efeito, Abigail Fisher (que não estava entre os “Top10”) demandou em face da Universidade do Texas, inconformada por ter sido preterida, na seleção de 2008, em razão de sua raça branco-caucasiana, fato que violaria a cláusula de igual proteção prevista na 14ª Emenda. Vencida na instância imediatamente inferior, a autora recorreu à Suprema Corte que, em 2012, admitiu o recurso, pautando-o para julgamento que só se consumaria no ano seguinte. Em síntese, por 7 votos a 1, tendo como relator o *Justice* Kennedy, a Corte entendeu que o Quinto Circuito não aplicou um escrutínio

²⁰⁰ *Fisher v. University of Texas*, 570 U.S. ____ (2013). “Fisher I”.

rígido na decisão (recorrida) de manter a política de admissões naquela Universidade, e determinou que o processo para lá retornasse. A Corte reafirmou *Bakke* e *Grutter*, apenas exigindo que os juízes examinassem cuidadosamente o programa de ação afirmativa da Universidade do Texas, para assegurar que esse seria necessário à consecução das metas legítimas de diversidade.²⁰¹

Depois da devolução para um novo julgamento, o Tribunal de Apelações, que já havia confirmado o plano de ação afirmativa do Texas, manteve sua decisão anterior, e a Suprema Corte, mais uma vez, aceitou reexaminar a questão. Enfim, em *Fisher II*, julgado em 23/6/2016, A Suprema Corte decidiu (por 4 votos a 3) pela constitucionalidade do programa de admissões da Universidade do Texas (donde a não violação ao princípio da igualdade), porquanto praticado com boa-fé e dentro de uma política de raça-consciente, onde esse fator não desempenha papel maior do que qualquer outra característica relevante na abordagem holística presente no sistema de admissões daquela instituição de ensino, tendo-se acolhido, assim, o argumento da recorrida no sentido de que as avaliações eram feitas de forma individualizada e ponderada dentro de sua política de admissão de alunos, sem se basear exclusivamente na raça do candidato ou candidata nem tendo havido a atribuição mecânica de pontos em razão desse critério.²⁰² De maneira que continua mantido o precedente *Bakke*.²⁰³

²⁰¹ Idem.

²⁰² *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. ____ (2016). “Fisher II”.

²⁰³ Anote-se que, no Brasil, correria a notícia, ainda em 2014, de que a Suprema Corte dos EUA havia revogado tal precedente, ao validar legislação do Estado de Michigan que vetaria cotas raciais, mas, na verdade, o que aconteceu, por certo, foi apenas o reconhecimento da autonomia dos Estados para regular tais políticas, não havendo impedimento constitucional para que eles legislem acerca desse assunto, uma tendência no país, como visto. Mas isso, obviamente, não significa qualquer declaração de inconstitucionalidade das políticas de ação afirmativa baseadas em critério racial, pelo que, em suma, nos EUA, tais políticas continuam sendo consideradas constitucionais, segundo a decisão de *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978, que ficou conhecido como o caso *Bakke*.

2. A SOLUÇÃO COTISTA COMO UM PROBLEMA DE IGUALDADE

2.1. Da dimensão formal à dimensão material do princípio da igualdade

A despeito de muito do que se conheça em termos de filosofia tenha origem na Grécia Antiga e, em matéria de Direito, na Roma Antiga, como adrede referido, não há que se falar em Estado de direito entre os antigos gregos ou entre os antigos romanos, vez que, ali, o poder “estatal” não reconhecia direitos fundamentais a seu povo e, por isso, não se encontrava juridicamente limitado. O que se poderia chamar de Estado estava acima da lei. Assim, o conceito aristotélico de igualdade, simplificado na fórmula do tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais servira pretensamente para justificar o fato de que no século IV a.C. havia aproximadamente três escravos para cada dois homens livres nas cidades-estados gregas.

O mesmo, *mutatis mutandis*, se diga da Idade Média e do período em que vicejou o Estado absoluto, no qual, mesmo no século das luzes, na fase do Estado de polícia – onde o poder de intervenção real em todos os domínios da vida dos cidadãos já não mais se justificava como tendo origem divina, e sim na “Razão” –, os particulares se viam submetidos a toda sorte de arbitrariedades, podendo, quando muito, buscar uma reparação patrimonial perante o Fisco (por lesões sofridas devido à intervenção estatal), já que o Estado, em si mesmo, não estava submetido a qualquer controle, de maneira que a Razão confundia-se, no fundo, com a vontade do Rei, constituindo esse tipo de Estado, essencialmente, um Estado acima do Direito.²⁰⁴

Em verdade, o Estado de direito principia a surgir na Inglaterra do século XVII, depois da revolução gloriosa²⁰⁵ de 1688. Os fatos que posteriormente se seguem na Inglaterra do final do século XVII dão início à fase da supremacia do

²⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 17-18.

²⁰⁵ Como cediço, esse epíteto se deve ao fato de não ter havido, aí, derramamento de sangue, tendo o rei Jaime II abandonado a Inglaterra sem luta, depois de ver o genro holandês, Guilherme de Orange (casado com sua filha, Maria II), unir-se às forças parlamentares. Antes de ser coroado, o casal Guilherme e Maria aceitou, solenemente, a declaração de direitos do Parlamento (*Bill of Rights*) de 1689. A monarquia britânica passa a partir de então a respeitar, de fato, o poder do Parlamento, depois de uma quebra de braço que, na verdade, remonta à guerra civil liderada por Oliver Cromwell.

Parlamento, onde o respeito à lei passa a ser um dever do Estado, agora encarado como sujeito de direitos e obrigações e, portanto, dotado de uma personalidade jurídica, o que vai ficar mais claro em França, depois da revolução de 1789, cumprindo observar que Montesquieu viveu certo tempo na Inglaterra, onde estudou as obras de John Locke sobre o sistema político inglês, o que serviu de base para a publicação de *O Espírito das Leis*.

Assim, pode-se dizer que, sobretudo a partir do século XVII, a Inglaterra evidencia uma vivência efetiva de limitação do poder dirigida ao reconhecimento dos direitos e liberdades individuais, antecipando na prática – mais aprofundada e significativamente que quaisquer outras experiências – os ideais do Estado de direito²⁰⁶, devendo-se atentar, porém, para o fato de que enquanto a Inglaterra evoluía para se tornar um Estado de direito, muitos de seus cidadãos fugiam para as colônias da América do Norte, escapando das contendas religiosas daquele período (como de resto acontecia em toda a Europa daqueles dias), vindo a formar uma nova nação.

Sabe-se que foi por causa de uma guerra de sete anos com a França que a Coroa inglesa passou a cobrar mais tributos das colônias americanas, fazendo eclodir a luta pela independência dos Estados Unidos (1776 a 1783). Nesse conflito, a França ajudou o novel Estado em formação, enviando milhares de soldados que voltaram ao seu país de origem impregnados dos ideais de libertação²⁰⁷, o que acabou contribuindo para o advento da revolução francesa apenas dois anos depois de os Estados Unidos promulgarem a sua Constituição escrita (em 1787).

Essas três experiências (que, como visto, estão de certa forma relacionadas entre si) marcam o surgimento do constitucionalismo moderno e do Estado (liberal) de direito, pois foram movimentos liderados, em verdade, pela burguesia econômica ascendente, ainda que impregnada dos ideais iluministas. A ideia mesma de Constituição, tal como a conhecemos hoje, está

²⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 54.

²⁰⁷ Tornou-se célebre o general Lafayette cujo túmulo foi visitado pelo comandante das forças norte-americanas durante a Primeira Guerra Mundial, em agradecimento póstumo à sua participação na luta pela independência dos EUA.

profundamente associada ao constitucionalismo moderno, que preconiza a limitação jurídica do poder político em favor dos direitos dos governados.²⁰⁸

Disseminou-se, assim, principalmente em França, a visão do Estado (absoluto) como inimigo. E, com a vitória nos movimentos revolucionários, a burguesia trouxe o Estado para o nível do direito, inaugurando a fase da igualdade perante a lei (igualdade formal). É dizer: com o advento do Estado de direito liberal, o princípio da igualdade significava, sobretudo, igualdade na aplicação da lei. O lema “todos são iguais perante a lei” traduzia uma reivindicação de igualdade que, no fundo, complementava ou, até, se identificava com a expressão mais simples do princípio da legalidade. Garantidas que estavam, pelo menos na visão do otimismo liberal oitocentista, a justiça e a liberdade imanentes à lei emanada da vontade geral representada pelo Parlamento, tudo o que havia a assegurar era, em primeiro lugar, que os restantes órgãos do Estado, particularmente a Administração, se submetessem a tal lei (princípio da legalidade da administração) – não atentando contra os seus ditames e só atuando no seu quadro – e que ela fosse aplicada a todos os seus destinatários, por igual, *sem olhar a quem*, sem distinguir em função da posição social, de títulos ou de convicções. A lei é igual para todos, todos são iguais perante a lei.²⁰⁹

Logo, o Estado, como até hoje, não mais poderia intervir nas relações privadas para desigualar as pessoas, concedendo privilégios a uns, em detrimento de outros ou, por outro lado, perseguindo os cidadãos, tal como revelado no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), de 1789, de que se extrai, v. g.: “Art. 1º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”; “Art. 6º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e

²⁰⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 67.

²⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 102.

*empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”*²¹⁰

Acontece que, com a conformação da burguesia no poder, estabeleceu-se, paulatinamente, o mito de que todo ato elaborado pelo Parlamento (por representar a vontade do povo) é justo, o que não demorou muito, pois, com o tempo, as pessoas mais e mais passaram a lutar contra o voto censitário e outros privilégios inescusáveis. Várias revoltas eclodem na Europa do século XIX, justamente em função dos abusos da burguesia, principalmente nas relações trabalhistas, pelo que, e devido também a uma maior democratização dos Parlamentos, os anseios de mudança foram sendo alcançados. Havia sede por maior igualdade de fato. E, nesse contexto, depois de terminada a I Guerra Mundial, surgem os primeiros Estados de cunho social (Constituição Mexicana, de 1917, decorrente da revolução de 1910 e a Constituição de Weimar, da Alemanha de 1919, vencida naquele conflito de 1914-1918).

O Estado passa a intervir nas relações econômicas no afã de igualar as pessoas no plano fático. Criam-se leis de proteção de certas categorias de pessoas que, na prática, estão em condição de inferioridade. Assim é que surge e se desenvolve a legislação trabalhista, a previdenciária e a assistencial. Dá-se uma evolução do Estado de direito na direção de uma igualdade substancial. O alcance do princípio, agora, não se restringia, apenas e tão somente, a nivelar os cidadãos diante da lei, mas a prescrever que a própria lei devesse ser editada de acordo com um tratamento isonômico. Nessa fase, a fórmula da igualdade não se resume mais em ser representada pela proibição de o Estado não perseguir ou não privilegiar, isto é, não discriminar as pessoas, passando, também, a se identificar com a máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, mas, é claro, no contexto atualizado de uma igualação tendencialmente substancial. Trata-se do princípio da igualdade em sua dimensão material, a significar que a lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos, daí o princípio da igualdade dirigir-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos, donde a sugestiva formulação de Castanheira Neves, segundo a qual “a igualdade perante a lei

²¹⁰ Extraído do sítio eletrônico da Procuradoria Geral da República brasileira. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei”²¹¹.

Com efeito, aquilo que se alterou profundamente foi, sobretudo, a atitude para com o momento anterior, o de criação da lei. Se no Estado de direito liberal as exigências de igualdade se satisfaziam, nesse plano, em primeiro lugar com a participação igual de todos os cidadãos (tanto quanto se pode falar em igualdade num povo constituído, apenas, pelos proprietários, os letrados, os homens ou os brancos) na formação da *vontade geral* e, depois, com as garantias de generalidade e abstração – estas características essencialmente formais eram tidas como requisito suficiente da justiça da lei e da garantia da liberdade –, no Estado social o otimismo e a confiança nesse tipo de garantias desvaneceu-se.²¹²

O surgimento de governos totalitários e ditatoriais, designadamente depois da quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1929, acaba impedindo uma evolução natural dessa nova forma de Estado, que só é retomada depois da II Guerra Mundial. No Brasil, por exemplo, o Estado social começou a ser implementado em plena ditadura Vargas²¹³, a partir de 1930 (até 1945), quando foram instituídas leis trabalhistas, previdenciárias e de assistência social, com forte intervenção do Estado na economia, como de resto acontecia em todo o mundo pós-crise de 1929, até mesmo nos Estados Unidos da América (Governo Roosevelt, às voltas com o *New Deal*). No Brasil, a exemplo de Portugal (depois da Revolução dos Cravos e a Constituição de 1976), democracia propriamente dita só se dá com a Constituição de 1988 (por coincidência do destino, promulgada 300 anos depois da Revolução Gloriosa na Inglaterra). Hoje, porém, depara-se com um Estado de direito social e democrático, em cujo art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade se apresenta em sua dupla dimensão, formal e material.

²¹¹ *Apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426-427.

²¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 103.

²¹³ No primeiro governo de Getúlio Vargas. Todavia, naquela época, ocorriam no país perseguições próprias de governos totalitários, a configurar o pior tipo de discriminação, esvaziando a fórmula da igualdade, considerada ainda em sua primeira dimensão, como se fora a volta ao absolutismo. Por isso que o princípio da igualdade só se harmoniza, efetivamente, com regimes democráticos.

Em sua dimensão formal, irradia-se pelo ordenamento impondo ao Estado um dever de respeito (de caráter negativo), no sentido de que o Estado não pode discriminar. Por outro lado, em sua dimensão material, o princípio da igualdade irradia-se pelo ordenamento impondo ao Estado, primeiramente, um dever de proteção (de caráter positivo), no sentido de que o Estado não pode permitir que os particulares discriminem. Finalmente, ainda em sua dimensão material, o princípio da igualdade prescreve ao Estado um dever de promoção, que se traduz na imposição de que o Estado adote discriminações positivas, quando estritamente necessárias à reparação de desigualdades fáticas manifestas que, de outra forma, não aconteceria.²¹⁴

Contextualizado, portanto, o princípio da igualdade –, depois de processo histórico de evolução que ultrapassa trezentos anos –, em Estado de direito social e democrático, adotado também pelo Brasil, a partir da Constituição de 1988, mister o exame dos elementos de que se pode valer o juiz constitucional no controle das diferenciações feitas justamente sob o manto da promoção de uma igualdade dita material.

Antes, porém, observe-se que o princípio da igualdade, como nenhum outro, tem estreita ligação com o valor nuclear da dignidade da pessoa humana e com a própria ideia de justiça, por encarnar, em síntese, a luta contra privilégios indevidos que se vem travando, de geração em geração, desde os primórdios do Estado de direito. O tratamento igualitário, contudo, não implica porções iguais (como se poderia supor *prima facie*). Suponha-se, por exemplo, que normalmente um empregador espere mais trabalho ou um trabalho melhor da parte de Joana do que da parte de José, mas não veja razão para pagamentos diferenciados. O problema aqui não são os diferenciais de salário (por hipótese, seus salários são iguais), tanto quanto a desproporção entre a contribuição e a compensação. A falta de proporção é um tipo de tratamento desigual. É o tratamento desigual e a falta de respeito que ele sugere o que mais as pessoas ressentem. Note-se que as crianças frequentemente demonstram ciúmes ao compararem suas porções com as recebidas por seus irmãos: mais

²¹⁴ De maneira que, ainda que o critério “raça” se insira como categoria suspeita (induzindo a uma presunção de inconstitucionalidade), tal como compreendido no referido *caput* do art. 5º da Constituição Federal brasileira, é perfeitamente possível que seja empregado para atender ao dever de promoção, quando se tratar de uma discriminação positiva.

precisamente, quando comparam porções repartidas parcimoniosamente por seus pais. Por quê? Porque receber uma porção menor de seus próprios pais assinala que são menos estimadas por eles. Elas não se incomodam tanto por receber menos que os filhos de seus vizinhos ricos, porque, desde que ninguém esteja deliberadamente distribuindo porções menores, ninguém lhes está sinalizando uma estima menor. Aqui, também, o ponto de partida problemático é o tratamento desigual e não a distribuição de porções desiguais²¹⁵.

Nessa esteira, como diz Ronald Dworkin, a cláusula da igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito, ou seja, o princípio da igualdade não lhe garante o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual. É porque todos têm igual dignidade que devem ser tratados como iguais. Assim, e em primeiro lugar, só são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas²¹⁶.

2.2. Controle da igualdade: insuficiência do princípio da proibição do arbítrio

Pois bem. Como dito alhures, em Estado social e democrático de direito, o princípio da igualdade impõe ao Poder Público, primeiramente, um dever de respeito, no sentido de proibir discriminações. Assim, a lei não pode ter por finalidade nem perseguir nem privilegiar alguém. Tal é a dimensão formal do princípio da igualdade, alcançada, como visto, ainda no Estado (liberal) de direito, em que todos devem ser tratados como iguais perante a lei, inclusive em face do próprio Estado. Exemplo de uma lei discriminatória, claramente ofensiva ao princípio da igualdade (em sua dimensão formal) é a lei do Estado Alemão Nazista que obrigava os judeus a se identificarem com a estrela de Davi em suas vestes. O maior problema de identificar violações à isonomia aparece, contudo

²¹⁵ SCHMIDTZ, David; William Lagos (Trad.). *Os elementos da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164-165.

²¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 109-110.

(em regime democrático), quando se trata da dimensão material do princípio da igualdade (ordinariamente traduzido na fórmula do tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais), em que, como visto, o Estado tem o dever de promoção, podendo até mesmo discriminar positivamente.

Com efeito, é preciso identificar quem são os iguais e quem são os desiguais, delineando os contornos do princípio da igualdade em sentido material. A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não resolve o problema, pois não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da *igualdade justa*, por outro lado, pode subsumir-se em saber o que se leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa ou, melhor dizendo, em precisar qual o critério de valoração para a relação de igualdade.²¹⁷

Na verdade, não há critérios objetivos inquestionáveis ou indiscutíveis que permitam resolver os casos difíceis de igualdade, como o que aqui se coloca, sendo curial, entretanto, a tentativa de reduzir ao máximo o subjetivismo. Com efeito, persiste o questionamento: como discriminar sem ferir a Constituição, isto é, sem violar a cláusula da igualdade? Qual o limite para igualar ou desigualar, sem que se ponham em causa a igual consideração e respeito devidos às pessoas? Para saber quando uma norma é violadora ou não da Constituição, à luz da cláusula da igualdade, o jurista alemão Gerhard Leibholz desenvolveu o *princípio da proibição do arbítrio*, fórmula segundo a qual, em primeiro lugar, o intérprete deve perquirir qual a finalidade da norma para, então, verificar se a equiparação ou desequiparação empreendida desrespeita ou não a isonomia.²¹⁸ Apreendida a *ratio* da norma, já se poderia fazer um primeiro juízo de valor sobre a sua validade. Assim, retomando o exemplo da estrala de Davi, seria claramente arbitrária tal lei, uma vez que destinada a estabelecer uma discriminação odiosa.

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427-428.

²¹⁸ Devido às suas origens judaicas, Leibholtz foi forçado a se afastar do cargo de professor da Universidade de Göttingen, tendo emigrado depois para a Grã-Bretanha em 1938. Embora já tivesse teorizado sobre a promoção da igualdade como proibição do arbítrio, só pôde aplicá-la quando, de volta à Alemanha (então dividida), tornou-se membro do Tribunal Constitucional Federal, aí permanecendo até 1971.

Com efeito, é a partir da descoberta da *ratio* da disposição em causa que se poderá avaliar se a mesma possui uma “fundamentação razoável” (*vernünftiger Grund*), tal como sustentou “o inventor” do princípio da proibição do arbítrio (cfe. F. Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, págs. 419 e segs.). Essa ideia é reiterada por Maria da Glória Ferreira Pinto, para quem “o critério valorativo que permite o juízo de qualificação da igualdade está, assim, por força da estrutura do princípio da igualdade, indissoluvelmente ligado à ‘ratio’ do tratamento jurídico que o determinou. Isto não quer, contudo, dizer que a ‘ratio’ do tratamento jurídico exija que seja este critério, o critério concreto a adoptar, e não aquele outro, para efeitos de qualificação da igualdade. O que, no fundo, exige é uma conexão entre o critério adoptado e a ‘ratio’ do tratamento jurídico”.²¹⁹

Acontece que o princípio da proibição do arbítrio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores de valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o referido princípio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da seguinte forma: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num (I) fundamento sério; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um “fundamento razoável” implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como *razoável* aponta para um *problema de valoração*.²²⁰

A par da compreensão da finalidade da norma, que corresponderia a identificar a equiparação ou desequiparação procedida pela lei (ou ato normativo) impugnável, e seus motivos (legítimos), a doutrina brasileira, capitaneada pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (em sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*), apresenta pelo menos outros dois

²¹⁹ Excerto do acórdão nº 232/03 do Tribunal Constitucional (de Portugal) sobre preferências regionais nos concursos para docentes. *Apud* NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. *Op. cit.*, p. 149.

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 428.

elementos que serviriam como testes sucessivos para descortinar eventual violação à cláusula da igualdade, quais sejam: *correlação lógica entre o fator de discriminação (ou igualação) e a finalidade da norma*, e *consonância do tratamento discriminador (ou igualador) com o sistema de valores constitucionais*.

Nesse sentido, ainda que a norma não se mostre manifestamente arbitrária, por se voltar a uma finalidade legítima, ofenderá a igualdade se o fator de discriminação (ou igualação), erigido como tal pela norma, não guardar correlação lógica com a finalidade desta (ou com a equiparação ou desequiparação procedida); e também o fará, mesmo que presente tal correlação, se o tratamento discriminador (ou igualador) dispensado pela norma estiver em desarmonia com o sistema de valores concebidos pela Constituição. Exemplo desse segundo elemento pode ser encontrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, relativamente a concursos públicos, onde restou anulada a exigência de altura mínima (1,60 metro) para o cargo de escrivão de polícia civil, uma vez que a altura do candidato ou candidata nada diga respeito com as funções do cargo para cujo provimento o concurso foi realizado.²²¹ Exemplo do terceiro, consoante a obra em referência, *mutatis mutandis*, seria o de uma lei que privilegiasse (v. g., com inexigibilidade de licitação), em detrimento das nacionais, empresa estrangeira, em área de alta tecnologia que esta última dominasse, olvidando o fato de que isso poderia colocar o país em situação de vulnerabilidade, com maus tratos à soberania nacional, um dos fundamentos da República.²²²

O que se vê desses conceitos trazidos por Bandeira de Mello, contudo, *data maxima venia*, é uma tentativa bem elaborada de atualizar a fórmula da

²²¹ "Concurso público – Fator altura. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado." (RE 150.455, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-1998, Segunda Turma, DJ de 7-5-1999.) No mesmo sentido: AI 384.050-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-9-2003, Segunda Turma, DJ de 10-10-2003; RE 194.952, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11-9-2001, Primeira Turma, DJ de 11-10-2001. Vide: AI 851.587-AgR, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 19-6-2012, Primeira Turma, DJe de 1º-8-2012. Fonte: sítio eletrônico oficial do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>.

²²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43.

proibição do arbítrio. Com efeito, a compreensão da finalidade da norma, identificando-se o fator de discriminação e sua correlação com a desequiparação (ou equiparação) procedida constituem elementos já desvendados por Leibholtz. O terceiro elemento, *consonância do tratamento discriminador (ou igualador) com o sistema de valores constitucionais*, significa a necessidade de ponderação dos interesses em confronto ou, mais precisamente, de recorrer ao controle da observância do princípio constitucional da proibição do excesso (proporcionalidade).

De fato, qualquer afetação por força de tratamento desigual não se deve bastar com a simples exclusão do arbítrio, sendo necessário sujeitar-se a um tipo de controle tão rigoroso quanto o aplicável às restrições aos direitos fundamentais. De maneira que a fundamentação exigida a qualquer diferenciação tem de passar o teste da proibição do excesso.²²³ Assim, como dito, em que pese não haver critérios objetivos indiscutíveis que permitam resolver casos difíceis de igualdade, é dever do juiz constitucional reduzir ao máximo o subjetivismo, afigurando-se plausível uma tal espécie de controle que alie a fórmula da proibição do arbítrio ao princípio da proibição do excesso, remetendo o julgador, inicialmente, aos elementos da compreensão da finalidade da norma e da correlação do fator de discriminação com a *ratio* do tratamento jurídico procedido, e passando, em seguida, se for o caso, ao exame da proporcionalidade.

2.3. A jurisprudência da Suprema Corte brasileira acerca das ações afirmativas em matéria racial, à luz do princípio da igualdade

2.3.1. Considerações iniciais

A despeito da inexistência de norma constitucional expressa, autorizando a utilização de ação afirmativa em matéria racial (como visto), as universidades públicas brasileiras, *sponte sua*, passaram, gradativamente, e de forma pioneira, a operar o sistema de reserva de vagas em seus vestibulares, dando impulso a ações afirmativas nesse campo, se bem que, originariamente,

²²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 114.

tudo tenha começado no Rio de Janeiro, por meio de uma das mais respeitadas universidades (públicas) do país: a UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), no primeiro vestibular do ano de 2003, mas com supedâneo em inovadora legislação estadual editada no início da década próxima passada, no caso, a Lei (Estadual) nº 3.708, de 9 de novembro de 2001.

O fundamento jurídico usualmente invocado é que, a despeito da lacuna existente na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), o art. 207, *caput*²²⁴ da Constituição da República garante a autonomia (científica, administrativa e financeira) das universidades, sendo que o art. 51²²⁵ da LDB estabelece uma obrigatória correlação com o ensino médio, visando ao acesso para o ensino superior. Por outro lado, o Brasil, como já mencionado, é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, integrada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 65.810/1969 que, em seu art. 1º, § 4º²²⁶ c/c art. 2º, II²²⁷, autoriza esse tipo de ação afirmativa, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal, em face da cláusula de abertura material, insculpida no seu art. 5º, § 2º²²⁸. Ademais, está positivado na Constituição, em seu art. 5º,

²²⁴ “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

²²⁵ “Art. 51. As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.”

²²⁶ “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”

²²⁷ “Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar, como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos a grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.”

²²⁸ “(...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

*caput*²²⁹, o princípio da igualdade, que deveria ser interpretado em sua dimensão material (tratamento igual aos que se encontrem em posição de igualdade, e desigual para os que se encontrem em posição de desigualdade, na medida em que se desigualem), sendo autoaplicável, por força do disposto no § 1º²³⁰ do mesmo art. 5º. E, finalmente, como se não bastasse, a medida atenderia a alguns dos objetivos fundamentais da República, consistentes, no caso, na diminuição das desigualdades sociais e na promoção do bem de todos, sem preconceito de raça (art. 3º, III e IV, CF)²³¹.

Na precursora hipótese da UERJ, o edital do vestibular de 2003 pôs em execução os comandos normativos insertos em duas leis posteriormente regulamentadas, no caso, a Lei (Estadual) nº 3.524/2000, que destinava 50% (cinquenta por cento) das vagas a estudantes egressos do ensino médio público no Estado, e a Lei (Estadual) nº 3.708/2001, que estabeleceu (pela primeira vez no Brasil) cota de 40% (quarenta por cento) para estudantes negros. Sucede que, naquele ano de 2003, foram organizados dois concursos vestibulares paralelos: o tradicional e o SADE (Sistema de Acompanhamento do Desempenho dos Estudantes do Ensino Médio mantido pelo Poder Público), este último destinado somente aos candidatos egressos de escolas públicas (municipais e estaduais, desde que nelas integralmente cursado o ensino médio) do Estado do Rio de Janeiro, tendo cada um desses vestibulares ofertado metade das vagas disponíveis em todos os cursos da universidade, incidindo a cota racial de 40% (quarenta por cento) de negros autodeclarados sobre o total das vagas, a serem preenchidas, preferencialmente, pelos inscritos no SADE.²³²

²²⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²³⁰ “(...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²³¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²³² NASCIMENTO, Carlos Eduardo B.; GUEDES, Luciano Palhano. *Cotas raciais na UERJ*. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Grupos Excluídos, Movimentos Sociais e Direitos Humanos). Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/61639/mod_resource/content/1/COTAS%20RACIAIS%20NA%20UERJ.pdf>.

Logo, em sua origem, a discriminação positiva dos negros, no tocante ao acesso para o ensino superior (público), se deu a partir de uma conjugação dos critérios “raça” e ensino secundário integralmente público. Ou seja, para concorrer por meio da cota racial, o estudante tinha que ser preto ou pardo (= negro) e, ao mesmo tempo, ter cursado integralmente os três anos do ensino médio em escola pública do Estado do Rio de Janeiro, embora residualmente, isto é, caso não completada a cota pelo vestibular específico (SADE), os candidatos negros do vestibular tradicional fossem aproveitados na cota, em detrimento, assim, dos demais participantes.

Entrementes, o Governo Federal adotava posição de cautela sobre o assunto, resolvendo não alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dada a conveniência de que cada universidade procurasse agir regionalmente, dentro de sua autonomia, elaborando seus próprios sistemas de cotas. A preocupação do Governo Federal, na década passada, voltou-se, assim, no que concerne ao ensino superior, ao financiamento do valor dos cursos escolhidos pelos universitários carentes (sem distinção de qualquer outra natureza), os quais não tinham condições de suportar o preço das mensalidades cobradas pelas universidades privadas.

Foi o que sucedeu com a implantação do FIES (Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior), através da Lei nº 10.260/2001, em que, basicamente, é dado obter empréstimo a juros módicos e pagamento com prazo dilatado, para financiamento de até 100% (cem por cento) do valor do curso, desde que se trate de universitário cuja renda fique comprometida (em face do custo respectivo) em mais de 60% (sessenta por cento). E, em seguida, veio o PROUNI (Programa Universidade para Todos), criado pela Lei nº 11.096/2005, com objetivos semelhantes, já que voltado para o estudante de baixa renda, consistindo em financiar a concessão de bolsas de estudo integrais (100%), por universidades privadas, para estudantes cuja renda não ultrapasse um salário mínimo e meio, e bolsas parciais (25% e 50% do custo) para estudantes cuja renda fosse superior a um salário mínimo e meio, mas que não ultrapassasse três salários mínimos. Nesse período, também foi editada a Lei nº 10.558/2002, instituindo o Programa Diversidade na Universidade (PDU), cujo propósito era financiar, com dinheiro do BID (Banco Interamericano de

Desenvolvimento), projetos de universidades públicas e privadas (estas sem fins lucrativos) com vistas à promoção do acesso de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente negros e indígenas, sendo que, da leitura da respectiva exposição de motivos, percebe-se que, ainda aí, a cor da pele não era fator exclusivo para caracterizar o grupo desfavorecido.

2.3.2. Os casos submetidos à apreciação do STF

O Estado do Rio de Janeiro, ainda na vanguarda dessa espécie de ação afirmativa, decide, então, avançar e edita nova lei (naquele mesmo ano de 2003), alterando o formato da discriminação positiva, tal como originalmente concebida, a fim de que o critério da baixa renda também fosse valorado por suas universidades, conjugando-se com o racial, mas sem desprezar os egressos do ensino médio cursado integralmente em escola pública. A partir daí, e à medida que esse tipo de programa se dissemina pelo país, começam, em maior escala, as discussões judiciais em torno do assunto. Três casos aportam na mais alta Corte do país, conforme se vê do quadro-resumo abaixo.

ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 3.197/RJ:

- Ato(s) impugnado(s) – Lei Estadual (do Rio de Janeiro) nº 4.151/2003 (prevendo, para o vestibular de todas as universidades públicas do referido Estado, reserva de 45% das vagas, segundo as seguintes cotas: 20% para estudantes negros carentes, conforme definido pela universidade, dentro de sua autonomia, segundo indicadores socioeconômicos oficiais; 20% para estudantes da rede pública estadual de ensino médio do RJ; 5% para deficientes físicos e minorias étnicas, no caso, os indígenas);
- A ação foi proposta pela COFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino), distribuída no ano de 2004 e posteriormente redistribuída para o relator, ministro Celso de Mello;
- Referida lei estadual, no entanto, foi revogada, sendo substituída pela Lei (Estadual) nº 5.346/2008 que não modificou substancialmente o sistema anterior, mas estabeleceu o prazo de 10 (dez) anos para a vigência das cotas, assim distribuídas: 20% (vinte por cento) para estudantes negros e

indígenas carentes, conforme definido pela universidade, dentro de sua autonomia, segundo indicadores socioeconômicos oficiais; 20% (vinte por cento) para estudantes que tenham cursado integralmente todas as séries do 2º ciclo do ensino fundamental (ginasial) e do ensino médio em escolas públicas de todo o território nacional; 5% para deficientes físicos e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço;

- O STF resolveu, então, em 22/3/2012 (data da publicação no DJe), julgar prejudicada a demanda.

RE (Recurso Extraordinário) 597.285/RS:

- Ato(s) impugnado(s) – decisão do magnífico reitor da UFRS (Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul) que, com base no edital do vestibular 2008/1 e atos normativos que lhe davam supedâneo, indeferiu a matrícula do candidato (impetrante), não obstante tenha obtido a 132ª melhor nota do vestibular em universo de 160 vagas. É que 30% das vagas (isto é, 48) estavam reservadas para candidatos egressos de escolas públicas, sendo a metade desse percentual (ou seja, 24) reservada para negros e indígenas, de modo que o candidato insatisfeito (branco e egresso do ensino médio particular) não logrou aprovação entre as 112 vagas restantes (a que concorria);
- O candidato preterido impetrou MS (mandado de segurança) perante um dos juízes federais da 4ª Região, no ano de 2008, obtendo medida liminar, posteriormente cassada pelo TRF4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) que, em grau de apelação, julgou totalmente improcedente o *writ*;
- Insatisfeito, o impetrante recorreu extraordinariamente ao STF, em 10/2/2009 (relator, Min. Ricardo Lewandowsky), que recebeu o recurso, dada a repercussão geral do caso, mas indeferiu pedido de antecipação de tutela;
- Em 9/5/2012, o Supremo Tribunal Federal desproveu o recurso por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, tendo sido publicado o acórdão

respectivo em 18/3/2014. A divergência circunscreveu-se ao critério socioeconômico, consubstanciado na reserva de vagas para os egressos de escolas públicas (do ensino médio); para o ministro Marco Aurélio, tal critério não é consentâneo com a Constituição Federal, por se tratar de discriminação injustificável. Em suma, sentenciou: *“Uma coisa é ter-se a busca do tratamento igualitário, presente a raça e até mesmo o gênero, como ocorreu no campo eleitoral. Algo diverso é passar-se a distinguir conforme a escola de origem e entender-se que, em se tratando de escola pública, no que deve proporcionar ensino até mesmo de melhor qualidade, tem-se algo a justificar o tratamento diferenciado no tocante ao vestibular”*²³³.

ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 186/DF:

- Ato(s) impugnado(s) – atos normativos e administrativos provenientes de órgãos da UnB (Universidade de Brasília), integrante do sistema de ensino superior federal, por meio dos quais foram reservadas, a partir do vestibular 2009/2, 20% das vagas de acesso à universidade para estudantes negros (pretos e pardos), independentemente de renda ou qualquer outro fator. Foi também previsto duplo sistema de identificação: autoidentificação, declarada no ato de inscrição no vestibular, e heteroidentificação, por comissão interna da universidade que analisaria o fenótipo do candidato, uma vez que este lograsse aprovação pelo regime de cotas;
- A ação foi proposta por um partido político com representação no Congresso Nacional, o Partido Democratas (DEM), e distribuída em 4/8/2009 ao Min. Ricardo Lewandowski, que conheceu da ação, mas indeferiu pedido cautelar de suspensão das matrículas dos candidatos beneficiados pelo regime de cotas;
- Foram admitidos *amici curiae* e promovida audiência pública, com a oitiva de vários especialistas, restando julgada a demanda em 26/04/2012, onde, por unanimidade, o pedido veiculado na ação foi desacolhido, tendo

²³³ Vide em *inteiro teor do acórdão* (p. 58) Disponível em: <file:///C:/Users/Magistrado/Downloads/texto_207767406%20(2).pdf>.

sido publicado o acórdão respectivo somente em 20/10/2014, vindo, assim, a lume, em sua inteireza, o entendimento do STF segundo o qual, em apertada síntese, o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) –, ao invés de ser contrariado –, na verdade é prestigiado pelo Estado, quando este se vale de ações afirmativas que atingem grupos sociais determinados, para lhes atribuir certas vantagens, por um tempo determinado, com vistas à superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares, tal qual a hipótese da reserva de vagas instituída pela UnB com base em critério étnico-racial²³⁴.

O que se pode observar no tratamento do assunto, grosso modo, é uma dinâmica de idas e vindas quanto à utilização dos critérios de discriminação levada a efeito desde a origem do programa de ação afirmativa da UERJ (em consonância com a Lei Estadual nº 3.708/2001) até o caso da UFRS, passando pela Lei nº 4.151/2003 do Estado do Rio de Janeiro. Com efeito, enquanto a UERJ, inicialmente, conjugou, no vestibular de 2003/1, os critérios racial e social, recebendo críticas por ter feito discriminação inversa contra os brancos pobres, a lei estadual resolveu separá-los em subgrupos, adotando, na base, o elemento econômico (baixa renda), o que a isentava de tais críticas. Esta última foi, no entanto, questionada por privilegiar os candidatos egressos de escolas públicas locais, em afronta ao disposto no art. 19, III da Constituição da República²³⁵.

Já a UFRS privilegiou o critério social (egressos do ensino médio integralmente público), sem descuidar do étnico-racial, prevendo também o acesso dos primeiros, quando não atingido o percentual das respectivas cotas raciais. Com isso, afastava as críticas sobre discriminação inversa e privilégio indevido aos oriundos do ensino público local (eliminou-se qualquer privilégio territorial), não se tendo preocupado, porém, com o critério de baixa renda, lembrado pelo legislador ordinário carioca e também objeto das leis federais antes mencionadas. E, no caso da UnB, os critérios de baixa renda e egressos

²³⁴ Vide em inteiro teor do acórdão. Disponível em: <file:///C:/Users/Magistrado/Downloads/texto_269432069.pdf>.

²³⁵ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

do ensino médio público foram completamente esquecidos, erigindo-se a “raça” como fator de discriminação exclusivo, o que influenciou no julgamento do RE nº 597.285, devido ao consenso adrede verificado na ADPF nº 186.

Ademais, depois de o STF ter concluído o julgamento da ADPF 186, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.711/2012, dispondo, justamente, sobre o ingresso nas universidades (públicas) federais e instituições de ensino técnico de nível médio, onde conjugou critérios de ordem socioeconômica (egressos do ensino médio público e de baixa renda) com o étnico-racial, restando, assim, ao Poder Legislativo, a última palavra no que diz respeito ao sistema federal de ensino superior e às escolas técnicas. Mais tarde, porém, foi editada a Lei nº 12.990/2014, reservando, para os negros, 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos, no âmbito da Administração Pública Federal brasileira, tendo como base, pura e simplesmente, o critério étnico-racial, em consonância, portanto, com o entendimento adotado pela Suprema Corte no caso das cotas para ingresso em universidades públicas federais.

Então, um dos problemas que se apresenta é saber quem são os negros habilitados a receber o favor legal –, distinguindo-os dos outros nacionais –, à vista do amálgama de miscigenação em que veio a ser concebido o povo brasileiro, forjado a partir de três matrizes básicas: o branco europeu (mormente o descobridor português), o índio nativo e o negro africano, que se conjugaram para formar, ao longo dos cinco últimos séculos, um povo capaz de unificar os vários brasis em um só, sob um mesmo (e gigantesco) território, a par de uma mesma língua, do que se tratará em capítulo próprio, mostrando, também, o horizonte da questão racial no país. Antes, porém, é chegada a hora de discutir a decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal no caso da Universidade de Brasília, para que se tenha a exata noção de como ela terá influído naquele horizonte.

2.3.3. Visão crítica à decisão do STF, na ADPF nº 186, autorizando o estabelecimento de cotas em face de critério exclusivamente racial

Pois bem. Fixadas, em termos gerais, as balizas de um admissível controle da igualdade, baseado, em princípio, na proibição do arbítrio, passa-se à análise do caso debatido na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF) nº 186, oriunda do Distrito Federal (Brasília). Trata-se, na espécie, de arguição autônoma, cuja finalidade é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (CF, art. 102, § 1º e Lei nº 9.882/1999, art. 1º, *caput*)²³⁶, ou seja, uma ação típica de controle concentrado-abstrato proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, independentemente de qualquer controvérsia, que instaura um processo constitucional objetivo, visando, precipuamente, à proteção de preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por ato(s) do Poder Público²³⁷.

Como visto, a ação foi proposta por um partido político com representação no Congresso Nacional (legitimado, assim, para tanto), tendo por objeto atos normativos e administrativos da UnB (Universidade de Brasília) por meio dos quais foi instituído sistema de cotas para negros no âmbito da referida instituição pública federal de ensino superior, reservando-se, a partir do concurso vestibular do segundo semestre de 2009, 20% das vagas a candidatos integrantes daquele grupo, independentemente de renda ou qualquer outro fator, donde a violação, entre outras, à cláusula da igualdade e do acesso à educação superior, segundo o mérito de cada um, preceitos fundamentais impostos, respectivamente, pelas disposições do art. 5º, *caput*²³⁸ e 208, V²³⁹ da Constituição da República.

Segundo o Ministro Relator: *“A questão fundamental a ser examinada (pela) Suprema Corte é saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal”*²⁴⁰. Logo, deve-se perquirir, antes de tudo, qual a finalidade

²³⁶ CF, art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Lei 9.882/1999, art. 1º “A arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

²³⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 279.

²³⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²³⁹ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;”

²⁴⁰ Disponível em: <file:///C:/Users/Magistrado/Downloads/texto_269432069.pdf>.

das normas que estabeleceram para o vestibular da Universidade de Brasília 2009/2, cota de 20% para negros, levando em conta tão só o critério racial, independentemente da condição socioeconômica dos próprios vestibulandos que se inseriam nesse grupo.

A resposta resume-se, basicamente, no estímulo à inserção de membros de uma raça (embora biologicamente não seja correta a utilização de tal termo, vez que só exista uma raça – a humana) que, sem sombra de dúvida, é minoritária no seio daquela entidade pública federal de ensino superior, como, de resto, acontece em quase todas as universidades do Brasil²⁴¹, contribuindo-se para a redução de uma desigualdade evidente no meio acadêmico, bem assim para a criação de lideranças no seio de um grupo historicamente discriminado, que serviriam, ainda, como paradigmas de ascensão social, o que estaria de acordo com os fins colimados pela educação de nível superior, nos termos da Constituição da República. Assim, fica claro que os mencionados atos normativos se dirigem a uma finalidade legítima.

Faça-se, agora, o segundo teste. Tal fator de discriminação (a cor da pele/raça negra) guarda correlação lógica com a finalidade das normas impugnadas? A resposta, aqui, também é positiva. Sem dúvida alguma, independentemente da situação econômica (ou de qualquer outra) dos negros que se candidataram por meio do sistema de cotas, estará havendo uma inserção social maior do grupo (historicamente discriminado) a que pertencem, o qual é minoritário na universidade, atingindo-se, assim, o fim legítimo de redução dessa desigualdade com aumento proporcional da diversidade no corpo discente daquela instituição de ensino superior. A conclusão inicial, portanto, é que as normas da UnB instituidoras do programa de cotas para negros, baseadas em critério étnico-racial, com efeitos a partir do vestibular 2009/2, não são arbitrárias e, por isso, devem ser mantidas sem qualquer expurgo.

²⁴¹ De fato, segundo dados consolidados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE, entre 2001 e 2011, que analisou a distribuição dos estudantes de 18 a 24 anos de idade, por nível de ensino frequentado, segundo a cor ou raça, em 2001, 39,6% dos brancos frequentavam o ensino superior (e os restantes 60,4% cursavam outros níveis de ensino) contra 10,2% dos negros (89,8%, portanto, fora do terceiro grau); em 2011, 65,7% dos brancos (naquela faixa etária) estavam no ensino superior contra 35,8% dos negros (64,2% fora). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010961811202012185527900054.pdf>>.

Embora sem mencionar o princípio da proibição do arbítrio, os argumentos do excelso Supremo Tribunal Federal²⁴² levam a igual destino. Assim sendo, não há qualquer reparo a fazer quando se sustenta que, em nome de uma igualdade substancial, o modelo constitucional brasileiro contemplou mecanismos institucionais de efetivação da justiça distributiva e da justiça compensatória, visando a promover a inclusão social de grupos excluídos, mormente daqueles que, historicamente, como no caso dos negros, se viram compelidos a viver na periferia da sociedade.

Do mesmo modo, nenhum reparo a fazer quando se defende que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material; ou quando se advoga que o crime de racismo foi qualificado na Constituição como inafiançável, no intuito de impedir discriminação negativa de determinados grupos de pessoas –, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-cultural –, de maneira a possibilitar o emprego da mesma lógica para a discriminação positiva, com vistas a estimular a integração de grupos tradicionalmente excluídos; ou, ainda, quando se afirma que a verdadeira justiça social é mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significando, também, o reconhecimento e incorporação à sociedade de valores muitas vezes considerados inferiores aos reputados dominantes, donde a necessidade de se incorporar, às ações afirmativas, considerações de ordem étnico-racial.

Contudo, apesar do brilhantismo com que foram colacionados, tais argumentos praticamente se reduzem à fórmula “*o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente*”, a qual se mostra insuficiente para explicar por que os integrantes de outras raças devem suportar, *tout court*, qualquer espécie de discriminação negativa no contexto da execução das ações

²⁴² De fato, para sustentar a possibilidade de discriminação positiva no caso concreto, a posição da Corte (acolhendo argumentação tanto do autor quanto do Ministério Público), arrima-se, basicamente, na teoria da justiça compensatória, lastreada “...na retificação de injustiças ou de falhas cometidas contra indivíduos no passado, ora por particulares, ora pelo governo. (...) Por meio dessa teoria, assevera-se que o objetivo seria o de promover o resgate da dívida histórica que os homens brancos possuem com relação aos negros”; bem assim, na teoria da justiça distributiva, consubstanciada na “...promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o consequente fortalecimento da sua autoestima e combate ao preconceito”. Disponível em: <file:///C:/Users/Magistrado/Downloads/texto_269432069.pdf>.

afirmativas impugnadas, que é o que verdadeiramente vem de acontecer no exame vestibular da Universidade de Brasília, a partir do segundo semestre do ano de 2009, ainda que de forma reflexa. Nem responde, muito menos, por que critérios (genéricos) de ordem socioeconômica (renda mínima e ensino médio cursado em escola pública, por exemplo) foram simplesmente desprezados pela UnB num país onde a pobreza ainda graça nas ruas, eternizada por uma perversa (e de todos conhecida) distribuição de renda, de modo a colocar também o negro pobre em desvantagem perante os negros mais abastados, questionamentos estes para cujo deslinde, como visto, o princípio da proibição do arbítrio também não encontra resposta satisfatória.

Depois de consignar que a Universidade de Brasília cumprira o critério da temporariedade preconizado na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial – por estabelecer um prazo de 10 (dez) anos para reavaliar a necessidade de continuar com seu programa de ações afirmativas – o relator da demanda, no voto condutor, acaba reconhecendo que o controle de constitucionalidade do tratamento diferenciado que se impõe às pessoas é sempre casuístico, de modo a não bastar “... *que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade*”.

Eis o teste da proporcionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal, por sua relatoria, logo antes de proclamar o dispositivo da decisão, *expressis verbis*: “As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros (...) pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição”.

Ora, mas o que está a dizer o STF? Está a dizer, claramente, que a política de ação afirmativa utilizada pela Universidade de Brasília é proporcional e razoável, porque se dirige ao propósito de corrigir desigualdades sociais e promover a diversidade cultural no âmbito acadêmico e científico. Porém, isso não justifica a restrição sofrida pelos brancos (nem o desfavorecimento dos negros pobres) no seu direito de participar do certame em igualdade de condições. No máximo, essa argumentação serviria para demonstrar que a política de ação afirmativa em apreço tem uma finalidade legítima, e que o critério discriminador adotado guarda correlação com os objetivos visados por ela, de maneira que não poderia ser tachada de arbitrária, sendo recomendada uma postura de autocontenção por parte do Poder Judiciário, o que revela, na prática, o recurso à fórmula da proibição do arbítrio.

Acontece que o inconveniente de pautar o controle da igualdade por meio da fórmula da proibição do arbítrio já foi discutido em item precedente, não custando lembrar que a identificação prática do princípio da igualdade com a proibição do arbítrio surge como marcadamente insuficiente, porque aquilo que era uma exigência racional derivada do princípio da dignidade da pessoa humana – o igual não deve ser tratado desigualmente – transforma-se redutoramente em apelo virtuoso: o igual não deve ser *arbitrariamente* tratado como desigual; o *essencialmente* igual não deve ser tratado desigualmente; o *essencialmente* igual não deve ser *arbitrariamente* tratado como desigual ou como *essencialmente* desigual, permanecendo, em todo caso, a extrema indeterminação destes limites.²⁴³ Então, o que fez o STF, em suma, foi validar a constitucionalidade da política de reserva de vagas para negros da UnB, apenas por causa da nobreza de suas intenções, comportamento que, contraditoriamente, buscava afastar. Tanto é verdade que não procedeu a qualquer ponderação dos interesses em conflito no caso concreto, olvidando por completo, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, como elemento do princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso).

Adverta-se que, na Constituição de 1988, não existe previsão expressa do princípio da proporcionalidade. O STF tem fundamentado o princípio – tratado

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 112.

pela Corte como idêntico ao princípio da razoabilidade – na cláusula do devido processo legal, na sua dimensão substantiva (art. 5º, LIV, CF)²⁴⁴. Esta posição tem amplo suporte na doutrina constitucional brasileira, existindo, contudo, várias outras formulações. Com efeito, há quem sustente que o fundamento da proporcionalidade seja o princípio do Estado de direito (tal como adotada no direito germânico); a cláusula que consagra a garantia de direitos implícitos (art. 5º, § 2º, CF); e, ainda, a natureza principiológica dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais que, em razão de sua estrutura, demandariam o uso da proporcionalidade para serem aplicados. Há, finalmente, justificativas alternativas, baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e na dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sob o ponto de vista prático, porém, o fundamental é que se reconheça a vigência e eficácia do princípio em questão no ordenamento jurídico nacional, já que, em verdade, a proporcionalidade pode ser extraída de diversos preceitos constitucionais diferentes e do próprio sistema constitucional, globalmente considerado.²⁴⁵

Conforme se foi consolidando na jurisprudência constitucional da Alemanha, a aplicação do princípio da proporcionalidade estrutura-se em três parâmetros ou subprincípios: adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, um ato estatal qualquer só será considerado compatível com o princípio da proporcionalidade se satisfizer, simultaneamente, aos três subprincípios, que devem ser empregados seguindo um percurso preestabelecido: primeiro, verifica-se se a medida satisfaz o subprincípio da adequação; se a resposta for positiva, passa-se ao subprincípio da necessidade; se, mais uma vez, o resultado for favorável à validade do ato, recorre-se ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Essa sequência de aplicação dos subprincípios é de observância compulsória e a violação a qualquer deles já basta para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade da medida, por afronta ao princípio da proporcionalidade.²⁴⁶

²⁴⁴ Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²⁴⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 468.

²⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit. p. 465-466 e 469.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o subprincípio da adequação ou, mais propriamente, da idoneidade, estabelece que as medidas estatais restritivas de direitos fundamentais sejam aptas a atingir os fins (legítimos) a que se propõem e, por sua vez, o subprincípio da necessidade determina que, entre meios com a mesma carga de eficiência para atingir os fins em vista, o Estado deve optar sempre pelo menos gravoso ao direito restringido. Assim sendo, na hipótese em comento, não parece haver dúvida de que a política de cotas para negros (adotada pela Universidade de Brasília) satisfaça os parâmetros de idoneidade e necessidade do princípio da proporcionalidade, uma vez que, efetivamente, alcance, em boa medida, os propósitos de correção de desigualdades e diversificação cultural no seio acadêmico, não existindo, por certo, qualquer outra medida tão eficaz na persecução desses objetivos.

O problema, como já se alertara, é que o STF não foi adiante, deixando, capciosamente, *permissa venia*, de recorrer ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que, decerto, poderia ter levado o julgamento a resultado diametralmente oposto, desautorizando o estabelecimento de cota fixa em face de critério exclusivamente racial. Com efeito, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto. Ele determina que se verifique se o grau de afetação a um direito ou interesse, decorrente da medida questionada, pode ou não ser justificado pelo nível de realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida. Trata-se, em suma, de uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada – seus efeitos negativos e positivos –, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores.²⁴⁷

Pois bem. Por tudo o que já foi dito, percebe-se que não há discordância quanto ao fato de que as considerações de caráter étnico-racial podem e devem, sim, ser incorporadas às ações afirmativas, com vistas à promoção de uma igualdade dita substancial, bem assim de uma salutar diversidade cultural nos meios acadêmico e científico, favorecendo, em grande medida, a diminuição do preconceito histórico contra os negros (justiça compensatória), a par da criação

²⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel., p. 476.

de lideranças e incentivo à ascensão social dos integrantes desse grupo de pessoas ainda socialmente marginalizado no Brasil, o que vem de ser, entre outros, um dos objetivos fundamentais da República (justiça distributiva).

Mas a questão fundamental, repita-se, é saber se o tratamento desigualador (discriminação positiva) utilizado pela Universidade de Brasília (reserva de vagas no vestibular/cotas), baseado em *critério exclusivamente étnico-racial*, guarda consonância com o sistema de valores da Constituição Federal de 1988. Para tanto, é interessante perceber, em primeiro lugar, como o STF desvia o foco da questão. Sim, porque, depois de relacionar os casos submetidos à Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*Bakke v. Regents of the University of California*, 1978; *Grantz v. Bollinger*, 2003; *Grutter v. Bollinger*, 2003) – e festejar o fato de que, em todos eles, as decisões (favoráveis aos programas de ação afirmativa) pautaram-se na diversidade como componente essencial da formação universitária –, a conclusão a que se chega (no voto condutor) é que as universidades foram autorizadas a utilizar o critério racial “como um elemento a mais”²⁴⁸ na seleção de seus alunos.

Ora, um elemento a mais não é o mesmo que elemento único. E, da mesma forma que a utilização exclusiva dos critérios de “egresso do ensino médio totalmente público” e “de baixa renda” se revele insuficiente para promover a integração social de grupos excluídos, por meio de ações afirmativas, igual resultado também é de se esperar quando da utilização exclusiva do critério racial, causando espécie o fato de o Supremo Tribunal não ter verificado com a devida atenção o histórico de evolução da política afirmativa por que passou a UERJ, pioneira nesse tema no Brasil, e que, como visto, alia critérios de ordem socioeconômica (baixa renda, além de ensino médio e parte do ensino básico concluídos em escolas públicas) ao fator racial, e isso de forma genérica, tendo em conta o pertencimento do estudante a um determinado grupo, sem perscrutar o histórico individual do candidato, uma exigência sempre presente em programas semelhantes praticados nos Estados Unidos como visto alhures.

De outra banda, a alusão, no *decisum* sob comento, às reflexões do saudoso jurista norte-americano Ronald Dworkin (um dos expoentes do

²⁴⁸ Disponível em: <file:///C:/Users/Magistrado/Downloads/texto_269432069.pdf>, p. 78.

liberalismo igualitário, ao lado de seu compatriota, o filósofo John Rawls), ao discorrer sobre a possibilidade de uma discriminação compensatória e distributiva, deve ser encarada com o devido cuidado, dês que tais ideias se mostrem impregnadas de impressões extraídas de uma realidade bem diferente da brasileira. É que, ali, Dworkin compara o caso do negro Sweatt, de 1945, recusado a ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas (em razão de uma lei estadual, determinado que somente brancos pudessem frequentar a universidade), com o caso do judeu DeFunis, de 1971, preterido a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington (mesmo tendo obtido, no histórico escolar e no exame de admissão, notas bem superiores aos dos integrantes de grupos minoritários), mas tudo à luz da 14^a Emenda da Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção perante suas leis. E ele acaba concluindo, evidentemente depois de elucubrar sobre a realidade de um país que vivenciou uma espécie de segregação racial jamais assistida no Brasil, que:

“Os que redigiram a Cláusula pretendiam atacar certas consequências da escravidão e do preconceito racial, mas é improvável que pretendessem excluir todas as classificações raciais, ou que esperassem que uma tal proibição resultasse do que escreveram. Tornaram ilegais quaisquer políticas que violassem a igualdade, mas deixaram que outros decidissem, de tempos em tempos, o que isso significava. Portanto, não pode haver um bom argumento jurídico em favor de DeFunis a menos que encontremos um bom argumento moral que afirme que todas as classificações raciais, inclusive aquelas que tornam mais justo o conjunto da sociedade, constituem uma agressão intrínseca ao direito individual à igual proteção.”²⁴⁹

E arremata:

“(…) qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapassa a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho.”²⁵⁰

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald; Nelson Boeira (Trad.). *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 348.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald; Nelson Boeira (Trad.). *Levando os direitos a sério*. *Op. cit.*, p. 350-351.

Mesmo Dworkin, ao comentar o caso *Bakke*, deixa antever que os programas de ações afirmativas das universidades norte-americanas não utilizam o critério racial como único fator de discriminação, senão veja-se:

“A escola de medicina da Universidade da Califórnia em Davis tem um programa de ação afirmativa (chamado ‘programa de força-tarefa’) com o intuito de admitir mais estudantes negros e de outras minorias. Reserva dezesseis vagas para as quais concorrem apenas membros de ‘minorias em desvantagem educacional e econômica’. Allan Bakke, branco, candidatou-se a uma das oitenta e quatro vagas restantes; foi rejeitado, mas, como as notas de seu teste eram relativamente altas, a escola de medicina reconheceu que não podia provar que ele teria sido rejeitado se as dezesseis vagas estivessem abertas a ele. (...) O programa de Davis para minorias é, em certos aspectos, mais franco que os planos similares hoje em vigor em muitas outras universidades e escolas profissionalizantes dos Estados Unidos. Tais programas têm como objetivo aumentar a matrícula de estudantes negros e de outras minorias admitindo que o critério racial conte afirmativamente como parte das razões para admiti-los”.²⁵¹ (Grifou-se).

Se ainda existisse qualquer dúvida a esse respeito, Dworkin a dissipa ao comentar mais uma vez o caso *Bakke*, pontificando que “*Em 1978, o juiz Lewis Powell, em seu parecer no famoso veredito da Suprema Corte no processo Bakke, decretou que as preferências raciais são permissíveis se sua finalidade for aumentar a diversidade racial entre os alunos, e se não estipularem quotas fixas para as minorias, mas levarem em consideração a raça como um dos fatores dentre muitos*”²⁵². E isto que a jurisprudência norte-americana refuta com veemência foi exatamente o que a UnB fez no caso da ADPF 186, pois estabeleceu cota fixa para negros (20%) na admissão ao seu corpo discente, levando em consideração apenas o fator raça, de per si, pelo que favoreceu, genericamente, um grupo determinado em detrimento de outros e, o que é pior, sem levar em conta as demais habilidades individuais dos integrantes da minoria favorecida, um fator essencial para alcançar a verdadeira diversidade, como sói acontecer nos programas de ação afirmativa praticados nos EUA, donde a

²⁵¹ DWORKIN, Ronald; Luís Carlos Borges (Trad.). *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 437-438.

²⁵² DWORKIN, Ronald; Jussara Simões (Trad.). *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 581. (Não há grifos no original).

incoerência flagrante do STF em citar caso *Bakke* como um dos fundamentos de sua decisão.

Mas, ainda que assim o fosse, isto é, mesmo que a jurisprudência norte-americana admitisse a utilização pura e simples (ou seja, exclusiva) do critério racial para confirmar a constitucionalidade de medidas afirmativas, à vista do princípio da igualdade (o que – diga-se de passagem – jamais admitiu), tal política até poderia valer para os Estados Unidos da América, mas não para o Brasil, onde, como se disse, a sociedade tem evoluído sobre bases assaz diferentes, mostrando-se as considerações de caráter socioeconômico imprescindíveis na configuração de ações afirmativas dessa natureza, sob pena de uma indesejável e indevida discriminação negativa dos mais pobres e de outros que, por suas características pessoais, cumpririam com muito mais diligência o nobre fim da diversidade racial.

Na verdade, vale repetir que quando teve fim a guerra de secessão nos Estados Unidos, por exemplo, quando mais de seiscentas mil vidas foram ceifadas, a culpa recaiu, de certa forma, sobre os negros, começando, logo em seguida, o regime de segregação institucionalizado em muitos Estados da Federação. No Brasil, ocorreu justamente o contrário. Enquanto a guerra de secessão norte-americana terminava, em 1865 tinha início, no hemisfério sul, a guerra contra o Paraguai, aonde o Brasil encaminhou cento e cinquenta mil soldados, com cinquenta mil baixas, tendo sido forçado pelas circunstâncias a enviar milhares de escravos que, nas batalhas, salvaram as vidas de muitos oficiais brancos. No final da guerra, o sentimento abolicionista varreu o país, por influência do Exército, acelerando o processo que culminou com o fim pacífico do odioso regime escravocrata, em 1888.

No Brasil, por outro lado, nunca houve segregação com leis proibindo que indivíduos de uma raça frequentassem certos lugares, ou que exercessem tal e qual profissão, como acontecia nos Estados Unidos até 1964. Lá, não importava que o negro fosse rico ou, de alguma maneira, bem-sucedido. Até mesmo homens e mulheres de cor branca e de olhos azuis eram discriminados se houvesse na família algum ancestral da raça negra (sistema da *one drop rule* –, onde uma gota de sangue bastava para ser considerado negro). Aqui, nunca foi assim. Discriminação existe, é claro, mas basicamente econômica e social.

Se o sujeito articula bem ou mora bem ou veste bem, é logo aceito. Quando não, a cor do indivíduo não tem esse estigma que se verifica nos EUA, ao menos para a grande maioria dos brasileiros²⁵³.

Passando em revista as realidades brasileira e norte-americana, Roberta Fragoso M. Kaufmann entende que “(...) a adoção de programas afirmativos nos Estados Unidos foi uma resposta ao sistema de segregação institucionalizada que teve início posteriormente à abolição da escravidão. O fato de não termos tido esse sistema no Brasil, por óbvio, não obsta à adoção de políticas públicas afirmativas. Todavia, os paradigmas que nos servirão de análise são outros, diferentes dos que inspiraram a adoção das medidas alhures. No Direito Brasileiro, a implementação de ações afirmativas deve ser feita a partir da observação da nossa realidade, visando a combater as razões que efetivamente impediram e impedem o negro de se integrar socialmente, e como forma de efetivação do princípio da igualdade”²⁵⁴.

Em linhas gerais, como visto, o STF argumenta que os “afrodescendentes” necessitam desse incentivo para ficar em igualdade de condições e que a sua presença nas universidades estimularia o surgimento de lideranças, a par da saudável troca de conhecimento com membros de outros grupos étnicos, donde o fortalecimento da própria democracia. Mas, pergunta-se: e os negros pobres, que são a grande maioria da população?! Ora, quem contribuiria para uma maior diversidade cultural seria o negro que vem da periferia, não o que vem das classes mais favorecidas. Demais disso nem os programas afirmativos nem a legislação pertinente que começa a pulular no país tem levado em consideração as características individuais dos membros das minorias, o que, paradoxalmente, é importante para a diversidade, sem que se viole a isonomia material.

²⁵³ Trata-se de uma constatação empírica deste autor, é verdade, mas esse parece ser mesmo o sentimento da esmagadora maioria dos brasileiros, valendo anotar que “...até o presente momento, não há qualquer trabalho jurídico relevante publicado no país que tenha realizado análise do contexto histórico e/ou social brasileiro, para o qual as ações afirmativas estão sendo pensadas” (cfe. KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 210).

²⁵⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração*. In: GARCIA, M.; PIOVESAN, F. (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos (grupos vulneráveis)*. São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 107.

Por outro lado, não há falar em justiça distributiva no tocante à maioria dos negros pobres, pois estão em situação de desigualdade social e econômica, relativamente aos negros ricos. Deu-se, então, tratamento igual (cotas) para os negros que estão em situação de desigualdade, correndo-se grande risco de só entrarem na universidade os mais abastados, em detrimento dos mais pobres, embora pertencentes à mesma “raça”, o que, na prática, significa discriminação contra os mais pobres, algo inteiramente dissonante dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como se vê do art. 3º, III e IV da Constituição Federal de 1988, cujo escopo é a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, no caso, independentemente da raça.

De qualquer forma, no contexto da concretização do princípio da igualdade no acesso ao ensino público superior, é lícito dizer que estão em jogo, em lados opostos, o valor da diversidade cultural –, que se pode perfeitamente extrair do objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais (CF, art. 3º, III) –, e o valor da meritocracia, subsumido no art. 208, V, CF que prescreve, em princípio, o acesso ao ensino superior, segundo a capacidade de cada um. Na espécie, observe-se que a Administração, personificada na Universidade de Brasília (UnB), por meio da reserva de 20% das vagas para negros, ponderou pela prevalência da diversidade cultural, restringindo o direito dos demais de concorrerem em igualdade de condições, segundo o mérito de cada um, a todas as vagas disponíveis.

Como se tem defendido aqui, tal medida favorece clara e genericamente os negros abastados, egressos do ensino médio privado, que certamente optarão por concorrer às vagas reservadas, o que aumenta sensivelmente a intensidade de afetação ao valor da meritocracia, já que aqueles candidatos se encontravam em igualdade de condições fáticas com os brancos que também estudaram em escolas particulares. Todavia, suponha-se uma medida semelhante à adotada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) que, mantendo o mesmo propósito de promover uma maior diversidade cultural no seio acadêmico, reservasse 20% das vagas para egressos do ensino médio público, sendo 15% para os mais carentes (renda de até 1,5 salários mínimos), das quais 7,5% para negros. Nesta hipótese, o nível de realização da

diversidade cultural não diminuiria tanto, já que a maioria da população²⁵⁵ é formada por “afrodescendentes”, enquanto o grau de sacrifício da meritocracia seria reduzido a patamares mínimos (decorrente da reserva de vagas em si mesma considerada), já que não haveria qualquer privilégio a pessoas (no caso, os negros) que estivessem em igualdade de condições fáticas.

O resultado é que o programa de ações afirmativas da UnB, na forma em que instituído, não passa o teste da proporcionalidade (em sentido estrito), não sendo ocioso relembrar aqui as palavras de Dworkin reproduzidas pelo próprio STF, por ocasião do voto condutor: *“qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapassa a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho”*. No caso, existe, sim, como restou comprovado acima, outra política que não contém uma desvantagem comparável e produz ganho semelhante que é exatamente a experiência da UERJ, capaz de atingir com pleno êxito a integração dos “afrodescendentes” ao meio acadêmico, enaltecendo, de conseguinte, a diversidade cultural e racial, sem o diferencial de privilegiar uma classe de pessoas que, não obstante a cor da pele, se colocava em condições de plena igualdade com os demais concorrentes (brancos e amarelos), donde a preservação, em sua justa medida, do valor meritocrático.

Nessa senda, *mutatis mutandis*, o entendimento de Reis Novais, para quem:

“Se a adoção de uma nova medida restritiva (...) introduz na ordem jurídica um benefício marginal mínimo para o fim visado, mas produz, simultaneamente, um acréscimo significativo de sacrifício na liberdade, na autonomia ou no bem-estar, então a ponderação

²⁵⁵ Conforme dados do IPEA/IBGE sobre população, numa perspectiva de divisão por raça, referentes ao último Censo (2010) divulgados pela Folha de São Paulo (disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8197>), eis os números da população brasileira (valores aproximados): Brancos – 48%; Pardos – 43%; Pretos – 7,5%; Amarelos – 1%; Indígenas – 0,5%. Afrodescendentes (pretos e pardos) = 50,5%. Outros dados (aproximados), baseados no mesmo censo, demonstram os seguintes quadros, referentes à divisão por raça no ensino superior público e à disparidade de renda, respectivamente: Brancos – 62%; Pardos – 28%; Pretos – 6%; Amarelos – 3%; Indígenas – 1%. Grupos vulneráveis (pretos, pardos e indígenas): 35%. Tempo de estudo (escolaridade) com mais de 25 anos: brancos – 8,4 anos; negros (pretos e pardos) – 6,7 anos. Remuneração: a renda dos negros corresponde a 57,4% da dos brancos.

dessas grandezas com as que resultam das medidas alternativas actualmente em vigor pode revelar uma relação claramente desproporcionada e, daí, a inconstitucionalidade na nova medida. Da mesma forma, se a restrição da liberdade que actualmente vigora só garante um benefício marginal mínimo em face de um sacrifício de liberdade significativo quando comparada com uma hipotética medida restritiva alternativa, então a medida actualmente em vigor pode vir a ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso”.²⁵⁶

Com efeito, é só imaginar a medida (alternativa) adotada no Estado do Rio de Janeiro, aliando critérios de ordem socioeconômica ao critério racial, o que pode ser traduzido em números, para uma melhor intelecção, da seguinte forma:

Medida restritiva	Aptidão	Sacrifício
A (UnB)	5	6
B (UERJ)	4	3

No exemplo, a medida (B) seria justamente o programa de ações afirmativas do Estado do Rio de Janeiro, implementado primeiramente na UERJ (embora se considere, aqui, hipoteticamente, que os percentuais de reserva de vagas sejam idênticos), e que já existia para cotejo antes de a UnB instituir o seu próprio programa, baseado em critério exclusivamente racial. Tal medida é um pouco menos eficaz que (A), pois que a reserva de um percentual fixo de vagas certamente levaria mais estudantes negros para a universidade do que a medida (B). Contudo, como visto alhures, o sacrifício imposto ao direito dos demais, de participarem de um certame em igualdade de condições, mormente com aqueles que se encontrem, faticamente, em sua mesma posição, é bem menor em (B). De maneira que, para progredir um mínimo na obtenção do fim, a medida (A)

²⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 131.

impõe um enorme sacrifício ao direito de outrem, revelando-se desproporcional e, por isso, inconstitucional.²⁵⁷

²⁵⁷ A ideia do quadro supra é extraída de Reis Novais, op. cit., p. 132-133, onde defende que o controle de proporcionalidade não se deve resumir a uma prática de controle sucessivo da observância dos subprincípios ou máximas da proibição do excesso (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), mas, sim, deve levar em conta uma análise conjunta da eficácia (aptidão) e grau de sacrifício produzidos pelas medidas restritivas em cotejo, muito embora, *permissa venia*, pareça estar a se proceder ali, *tout court*, a uma ponderação de valores, análise de sacrifício e benefício em uma curva de valor, o que se enquadra no teste da proporcionalidade em sentido estrito, na conformidade do que propõe Robert Alexy (cfe. ALEXY, Robert; Virgílio Afonso da Silva (Trad.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012).

3. AFINAL, QUEM SÃO OS BRASILEIROS?

3.1. Notas prévias

Votando, antecipadamente, por ocasião do julgamento da ADPF 186, o ministro do STF, Gilmar Mendes, discutia com o então ministro daquela Corte, Cezar Peluso, acerca dos critérios utilizados por comissões encarregadas de apurar quem seriam os destinatários das cotas, quando expressou que esse ponto, realmente, o incomodava, designadamente depois que a imprensa noticiara declarações de estudantes (inconformados com o rechaço de seus pleitos à reserva de vagas), tendo trazido à colação os seguintes excertos de queixas relatadas por alguns candidatos: “...o irmão da candidata *Fernanda Souza de Oliveira*, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado negro, mas ela não (por esse, assim chamado, tribunal racial); ...os gêmeos idênticos, *Alex e Alan Teixeira da Cunha* (...) foram considerados ‘de cores diferentes’ pela comissão da UnB; ...Joel Carvalho de Aguiar foi considerado ‘branco’ pela comissão, enquanto sua filha *Luá Resende de Aguiar* foi considerada ‘negra’, mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo ‘branca’”²⁵⁸.

No mesmo julgamento, também foi lembrada a polêmica gerada no Brasil, em 2005, pelo jogador de futebol Ronaldo (“Fenômeno”) –, cujo fenótipo claramente expõe a sua ascendência africana –, quando disse, diante das agressões racistas sofridas por jogadores negros nos gramados espanhóis: “*Eu, que sou branco, sofro com tamanha ignorância. A solução é educar as pessoas*”. Instado a se justificar, diante da repercussão de seu pronunciamento, declarou o seguinte: “*Eu quis dizer que tenho pele mais clara, só isso, e mesmo assim sou vítima de racismo. Meu pai é negro. Não sou branco, não sou negro, sou humano. Sou contra qualquer tipo de discriminação*”²⁵⁹.

Em 1976, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD –, onde não foram utilizadas categorias classificatórias adrede estabelecidas, deixando-se a critério do entrevistado a escolha do termo que lhe conviesse –, o IBGE catalogou nada menos (passe-se) do que 135 (cento e trinta e cinco) diferentes distinções raciais, quais sejam: acastanhada, agalegada, alva,

²⁵⁸ Vide inteiro teor do acórdão, página 167 de 233. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>.

²⁵⁹ Idem, p. 183.

alvarenta, alvarinte, alvinha, alvo-escuro, alvorosada, amarela, amarelada, amarelo-queimada, amarelada, amorenada, avermelhada, azul, azul-marinho, baiano, bem branca, bem clara, bem morena, branca, branco-avermelhada, branco-melada, branco-morena, branco-pálida, branco-queimada, branco-sardenta, branco-suja, branquiça, branquinha, bronze, bronzeada, bugrezinha-escuro, burro quando foge, cabocla, cabo-verde, café, café com leite, canela, canelada, cardão, castanha, castanho-clara, castanho-escuro, chocolate, clara, clarinha, cobre, corada, cor de café, cor de canela, cor de cuia, cor de leite, cor de ouro, cor-de-rosa, cor firma, crioula, encerada, enxofrada, esbranquecido, escuro, escurinha, fogoió, galega, galegada, jambo, laranja, lilás, loira, loiro-clara, loura, lourinha, malaia, marinheira, marrom, meio-amarela, meio-branca, meio-morena, meio-preta, melada, mestiça, miscigenada, mista, morena, morenada, morenã, moreninha, moreno-bem-chegada, moreno-bronzeada, moreno-canelada, moreno-castanha, moreno-clara, moreno cor de canela, moreno-escuro, moreno-fechada, morena-jambo, moreno fechada, moreno-parda, moreno-roxo, moreno-trigueira, mulata, mulatinha, negra, negota, pálida, paraíba, parda, pardo-clara, pardo-morena, pardo-preta, polaca, pouco-clara, pouco-morena, pretinha, puxa para branca, quase negra, queimada, queimada de praia, queimada de sol, regular, retinta, rosa, rosada, rosa queimada, roxa, ruça, ruiva, sapecada, sarará, saraúba, tostada, trigo, trigueira, turva, verde, vermelha.²⁶⁰

Os exemplos citados nos parágrafos precedentes dão o tom do grau de miscigenação do povo brasileiro e de como é difícil identificar alguém pela “raça” no país, o que não mudou nos últimos 40 (quarenta) anos. Em assim sendo, como evitar injustiças surreais como as anteriormente citadas, em que um irmão germano ou um gêmeo idêntico é contemplado com o privilégio da cota em detrimento do outro? E por que alguém de pele um pouco mais clara do que a maioria, mas cujos avoengos são negros, e se sinta discriminado por isso, não seria merecedor do mesmo benefício?

Esses e outros questionamentos deveriam ser satisfatoriamente respondidos pelos órgãos e entidades públicas responsáveis por tais políticas de

²⁶⁰ TURRA, Cleusa; VENTURI, Gustavo. *Racismo cordial: a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil*. São Paulo: Ática, 1998, p. 33-35.

caráter não universalista, de modo a lhes conferir a necessária credibilidade. Todavia, não é isso que se tem verificado, mormente depois do julgamento da ADPF nº 186, ao ponto de, para alguns, se estar inaugurando artificialmente no Brasil um segregacionismo racial de contorno norte-americano, algo jamais experimentado no país, a despeito da inegável existência de preconceito racial mais ou menos disseminado por todo o território nacional.

De outra banda, defendia o emérito professor Abdias do Nascimento a necessidade de “...*inclusão do povo afro-brasileiro, um povo que luta duramente há cinco séculos no país, desde os seus primórdios, em favor dos direitos humanos. É o povo cujos direitos humanos foram mais brutalmente agredidos ao longo da história do país: o povo que durante séculos não mereceu nem o reconhecimento de sua própria condição humana*”²⁶¹.

Ora, não há fazer crítica a tal sentença, enquanto veiculadora de uma verdade histórica, dê-se que o Brasil foi o último grande país a abolir a escravidão dos negros, sem se preocupar, nos estertores do século XIX (e ao longo do século XX) com a inserção deles à sociedade, ainda que, desde o império, não tenha havido uma política segregacionista institucionalizada. Durante séculos, esses homens e mulheres que viriam a contribuir enorme e decisivamente para a formação e o engrandecimento de uma nação nova – a brasileira –, foram cruelmente submetidos a um processo de desafricanização que lhes tirou tudo, assim como a própria dignidade. Todavia, não é menos verdadeiro que os índios que se encontravam nestas terras ao tempo do descobrimento também foram submetidos a um processo de deculturação assustadoramente desumano, tendo sido quase que completamente dizimados e, os sobreviventes, desindianizados. Difícil, por isso, dizer quais dessas gentes sofreram maior violência e aviltamento em sua dignidade. Mais difícil, ainda, é dizer, exatamente, como já apontado, quem são os “afro-brasileiros” no amálgama de miscigenação em que viria a ser concebido o povo deste país. Talvez, a melhor resposta possa ser extraída das lições do saudoso Darcy Ribeiro, como se verá um pouco mais adiante.

²⁶¹ Apud PIOVESAN, Flávia. *In Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 53.

Por ora, é oportuno perguntar o que se espera dessas políticas de ação afirmativa, depois que o Supremo Tribunal Federal, simplesmente, admitiu – no julgamento da ADPF nº 186 – a fixação de cotas raciais em percentual fixo, sem qualquer consideração sobre as condições pessoais dos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários favorecidos, nem qualquer outro fator que, mesmo genericamente (como a condição financeira e aspectos sociais), pudesse ser conjugado com a “raça”, a fim de que o indivíduo não se sinta favorecido, afinal, pela simples cor de sua pele, o que pode trazer reflexos desastrosos em um futuro próximo, sem contar (e é isso que parece mais evidente) o caráter subjetivo e a falta de padronização das classificações raciais em um país “multicolorido” como o Brasil levadas a efeito por verdadeiros “tribunais raciais”.

3.2. *Brasil miscigenado*

Pois bem. Não há como compreender verdadeiramente a formação do Brasil –, até para que se possa cotejar a realidade nacional com a dos Estados Unidos, que nos serviu de inspiração para as ações afirmativas em matéria racial –, sem uma leitura atenta e integral da mais laboriosa e importante obra do citado Darcy Ribeiro²⁶², hipocoristicamente lembrada como “O povo brasileiro”, que consumiu cerca de 30 (trinta) anos de estudo e representa uma das mais completas investigações histórico-antropológicas já realizadas sobre o país.

Em seu proverbial otimismo, Darcy Ribeiro retrata como o povo brasileiro é, realmente, uma experiência nova e inédita no mundo, forjado – como dito em linhas acima –, a partir de três matrizes básicas: o branco europeu, o índio nativo e o negro africano, que, ao longo de cinco séculos, constrói uma identidade nacional, sob uma mesma língua, e teve o incrível mérito de expandir e manter unificado o seu vasto território (diferentemente do que sucedeu com todos os demais países latino-americanos), a despeito da diversidade cultural vivenciada nos vários “brasis” (o crioulo, o caboclo, o sertanejo, o caipira e os gaúchos, matutos e gringos do sul).

²⁶² Educador, escritor, político e um dos maiores antropólogos brasileiros, cofundador da Universidade de Brasília.

Com efeito, a tese do referido autor sobre ser o brasileiro um povo único –, haurido (como característica essencial) de uma maciça miscigenação –, encontra-se sintetizada nas seguintes passagens: *“Nós, brasileiros (...) somos um povo (...) mestiço na carne e no espírito, já que aqui a mestiçagem jamais foi crime ou pecado. Nela fomos feitos e ainda continuamos nos fazendo. Essa massa de nativos oriundos da mestiçagem viveu por séculos sem consciência de si, afundada na ninguendade. Assim foi até se definir como uma nova identidade étnico-nacional, a de brasileiros (...). É de assinalar que, apesar de feitos pela fusão de matrizes tão diferenciadas, os brasileiros são, hoje, um dos povos mais homogêneos linguística e culturalmente e também um dos mais integrados socialmente da Terra. Falam uma mesma língua, sem dialetos. Não abrigam nenhum contingente reivindicativo de autonomia, nem se apegam a nenhum passado”*²⁶³.

3.2.1. Começos

Quando os colonizadores portugueses aportaram no que viria a ser o Brasil, perceberam rapidamente que os índios ficaram atraídos por toda espécie de bugigangas e ferramentas que traziam a bordo de suas naus; perceberam, também, curioso traço cultural dos povos indígenas menos belicosos (da família Tupi), que facilitou deveras a utilização de gerações deles como braços para a extração de pau-brasil, sem que fosse preciso, inicialmente, escravizá-los. Com efeito, *“A instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi o cunhadismo, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, mil laços que o aparentavam com todos os membros do grupo”*²⁶⁴.

Essa prática se dá já no começo da colonização do Brasil, entre 1500 e 1530, antes mesmo das capitanias hereditárias, quando o processo exploratório realmente se estabelece e a Coroa portuguesa passa a enxergar a escravização dos povos indígenas como uma necessidade, na medida em que

²⁶³ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 1. ed., 14. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 410.

²⁶⁴ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. Op. cit., p. 72.

o cunhadismo²⁶⁵ conferira muito poder aos primeiros viajantes europeus que aqui chegavam (muitos deles espanhóis e franceses também, além de holandeses, ingleses e até alemães), e isso acabou convencendo Portugal de que perderia completamente o controle sobre sua colônia.

Pôs-se em execução, assim, a partir de 1532, o regime de donatarias, distribuição de imensas faixas de terra a senhores fiéis à Coroa portuguesa com o intuito de povoá-las e explorá-las até a linha da Tordesilhas, quando foi preciso trasladar para cá, “forçadamente”, toda espécie de criminosos (por falta mesmo de gente), até a implantação do governo geral. *“O primeiro governador chega ao Brasil em 1549, em três naus, duas caravelas e um bergantim. Traziam funcionários civis e militares, soldados e artesãos. Mais de mil pessoas ao todo, principalmente degredados. Com ele vieram novos colonos, bem como os primeiros jesuítas. (...) Não vieram mulheres solteiras, exceto, ao que se sabe, uma escrava provavelmente moura, que foi objeto de viva disputa. Consequentemente, os recém-chegados acasalaram-se com as índias, tomando, como era uso na terra, tantas quantas pudessem, entrando a produzir mais mamelucos”*²⁶⁶.

Ou seja, com o início da nova fase de colonização (o Governo Geral), já havia quase meio século de miscigenação envolvendo as matrizes europeia e indígena. E não trazer as mulheres significa que os portugueses (a maioria degredados) não vinham com suas famílias (diferentemente do que se deu na América anglo-saxônica), o que também viria a descaracterizar o elemento branco, pois que os filhos das poucas famílias inteiras que para cá vieram preferiam voltar à Europa.

Os jesuítas imprimiram fortemente a sua marca no Brasil, desde a sua chegada, a partir da segunda metade do século XVI, numa época em que o poder da Igreja confundia-se com o do Estado absoluto; e eles não se

²⁶⁵ Segundo o autor em comento, há amplos relatos entre os cronistas no sentido de que cada europeu, de um modo geral, podia fazer muitíssimos desses casamentos, havendo quem tivesse mais de 80 (oitenta) *temericós* (as índias esposadas conforme esse costume, onde o branco europeu é que as escolhiam, desde que as assumisse, o que era feito de bom grado), o que acabou gerando exércitos de “mamelucos” utilizados muito eficazmente como mão de obra para trabalhos pesados como “cortar paus-de-tinta, transportar e carregar para os navios, caçar e amestrar papagaios e soins, servindo mais tarde, também, para fazer prisioneiros de guerra que podiam ser resgatados a troco de mercadoria”.

²⁶⁶ RIBEIRO, Darcy. *Op. cit.*, p. 79.

identificaram com a prática do cunhadismo, contribuindo para sua aniquilação, mas também para o advento da escravização dos índios, contra a qual se rebelariam no futuro. *“A convivência cordial e igualitária do cunhadismo ia dando lugar à disciplina de uma comunidade pia, num clima insuportável de tensão. Os pastores, querendo acalmar os fervores mais eróticos que religiosos de seus fiéis, enforcaram uns quantos deles, castigando também as índias com que transavam (...). Por longo tempo foi fácil aliciar índios para esses imensos esforços, tal era a atração das ferramentas e bugigangas. Com os anos, surgiram dificuldades, porque os índios queriam melhor retribuição por seus serviços, seja porque os paus-de-tinta ficavam cada vez mais escassos e longínquos; seja porque as roças que abriam para os brancos em troca de escambo tinham que ser cada vez maiores, dado o aumento crescente do número deles; seja porque os índios estavam saciados dos artigos que os brancos lhes davam. Nessa altura, a escravidão começou a impor-se, como forma de conscrição da mão de obra”*²⁶⁷.

Nos umbrais da formação do Brasil, e ao longo de quase todo o século XVI, os portugueses valeram-se enormemente dos assim chamados mamelucos (que eram nada menos do que seus filhos com as *temericós* e os descendentes destes) para lutar contra índios hostis e outros europeus dominadores, e foram eles (os mamelucos) que deram início ao povoamento em grande escala do futuro país, onde predominou o sangue indígena.

3.2.2. Protobrasileiros

De fato, a principal fonte de unificação cultural do brasileiro, por meio da disseminação da língua portuguesa – e também de consolidação do vasto território do país – foi a matriz indígena representada pelos mamelucos, os primeiros tijolos colocados na composição de uma identidade nacional que florescia. *“Gerados por pais brancos, a maioria deles lusitanos, sobre mulheres índias, dilataram o domínio português exorbitando a dação de papel das Tordesilhas, excedendo a tudo que se podia esperar”*²⁶⁸. *“Os brasilíndios foram chamados de mamelucos pelos jesuítas espanhóis horrorizados com a bruteza*

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 81-82.

²⁶⁸ *Idem*, p. 95.

e desumanidade dessa gente castigadora de seu gentio materno. Nenhuma designação podia ser mais apropriada. O termo originalmente se referia a uma casta de escravos que os árabes tomavam de seus pais para criar e adestrar em suas casas-criatórios, onde desenvolviam o talento que acaso tivessem. Seriam janízaros, se prometessem fazer-se ágeis cavaleiros de guerra, ou xipaios, se covardes e servissem melhor para policiais e espiões. Castrados, serviriam como eunucos nos haréns, se não tivessem outro mérito. Mas podiam alcançar a alta condição de mamelucos se revelassem talento para exercer o mando e a suserania islâmica sobre a gente de que foram tirados”²⁶⁹. A origem do vocábulo é apenas uma amostra de como se deu a seleção natural desses primeiros mestiços que foram ocupando o seu lugar por meio das habilidades de mando, sendo eles, juntamente com os colonizadores brancos, os primeiros a ditar a formação da nova gente brasileira.

A verdade é que os mamelucos mostraram enorme capacidade de adaptação, atraindo a confiança e até mesmo a admiração dos colonizadores europeus. É que, embora meio-índios, eles herdaram o saber milenar sobre aquelas terras desconhecidas e seus tesouros de fauna e flora, sendo completamente afeitos à selva tropical, a par de fortes o bastante para suportar caminhadas longuíssimas e o trabalho incansável no remo, tornando-se, por isso, impositores da própria dominação que os oprimia, já que utilizados na defesa (contra índios de tribos hostis) e como capatazes dos brancos quando da escravização de índios capturados. Faziam-se, assim – até pela cor “meio esbranquiçada” –, não tão diferentes de seus pais dominadores.

Sentindo-se em terra de ninguém, numa espécie de limbo, os brasilíndios separam-se de suas matrizes branca e indígena para formar uma nova identidade, realmente única, naturalmente selecionados que foram pelas cruéis circunstâncias a que submetidos. Com efeito, “*Os brasilíndios ou mamelucos (paulistas) foram vítimas de duas rejeições drásticas. A dos pais, com quem queriam identificar-se, mas que os viam como impuros filhos da terra, aproveitavam bem seu trabalho enquanto meninos e rapazes e, depois, os integravam a suas bandeiras, onde muitos deles fizeram carreira. A segunda rejeição era a do gentio materno. Na concepção dos índios, a mulher é um*

²⁶⁹ Ibidem, p. 86.

*simples saco em que o macho deposita sua semente. Quem nasce é o filho do pai, e não da mãe, assim visto pelos índios. Não podendo identificar-se com uns nem com outros de seus ancestrais, que o rejeitavam, o mameluco caía numa terra de ninguém, a partir da qual constrói sua identidade de brasileiro*²⁷⁰.

Grosso modo, existiam duas categorias antagônicas de povos indígenas que habitavam o território do Brasil colonial: os da família *tupi*, que se davam à agricultura e foram agentes da miscigenação, e os *tapuia*, que jamais se rendiam ou se ajustavam ao modelo que os colonizadores europeus lhes quiseram impor²⁷¹. Ao fim e ao cabo, os *tapuia* foram desaparecendo, e os mamelucos originários da família *tupi* prevaleceram nesse cenário de formação de um novo povo. O fato é que a escravização dos indígenas (superada a fase do cunhadio) – que coincide com o início da exploração açucareira, depois da quase extinção do pau-brasil –, acaba turbinando o processo de miscigenação com as outras matrizes (branco-europeia e negro-africana, cuja mão de obra escrava principia a ser importada justamente no período do Brasil açucareiro²⁷²), tendo assim continuado até a sua proibição definitiva no século XVIII, precisamente em 1757, por decreto do Marquês de Pombal.

A despeito desse traumático processo de deculturação e desindianização que perdurou por mais de 250 anos, os mamelucos – que constituíram, como visto, a base de formação do povo brasileiro – assimilaram eficazmente a cultura de seus dominadores europeus, prosperando em várias frentes, muitos tendo passado de capatazes a comerciantes e fazendeiros. Pelo menos nos dois primeiros séculos de colonização do Brasil, tirante os negros escravizados, pode-se dizer que o povo é uma mescla dos colonizadores europeus (mormente portugueses) com os indígenas tupis,

²⁷⁰ Ibid., p. 97.

²⁷¹ “Esses Tapuia eram, principalmente, povos de sistema adaptativo ajustado às condições do cerrado, muito contrastante com o modo de vida dos agricultores da floresta tropical. Sua própria forma de fazer a guerra era outra, preferindo desfechar golpes de tacape ou varar o inimigo com lanças. Como cativos, eram quase inúteis por não terem familiaridade nenhuma com os hábitos agrícolas dos Tupi-Guarani adotados pelos mamelucos, mas, sobretudo, por exigirem vigilância permanente para não fugirem, matando, se possível, seu captor”. (Op. cit., p. 99).

²⁷² “Custando uma quinta parte do preço de um negro importado, o índio cativo se converteu no escravo dos pobres, numa sociedade em que os europeus deixaram de fazer qualquer trabalho manual. Toda tarefa cansativa, fora do eito privilegiado da economia de exportação, que cabia aos negros, recaía sobre o índio”. (Idem, p. 89).

considerando-se “brancos” todos eles, embora não mais fossem nem brancos nem índios.

Hoje, embora fortemente aculturados, os cerca de um milhão de indígenas que aparecem nas estatísticas como ocupando menos de 0,5% da população brasileira, segundo o IBGE (e os únicos que deveriam beneficiar-se de qualquer ação promocional decorrente de cotas), são os que ainda conseguem transmitir suas tradições de pai para filho. É que *“Índios e brasileiros se opõem como alternos étnicos em um conflito irredutível que jamais dá lugar a uma fusão. Onde quer que um grupo tribal tenha oportunidade de conservar a continuidade da própria tradição pelo convívio de pais e filhos, preserva-se a identificação étnica, qualquer que seja o grau de pressão assimiladora que experimente. Através desse convívio aculturativo, porém, os índios se tornam cada vez menos índios no plano cultural, acabando por ser quase idênticos aos brasileiros de sua região na língua que falam, nos modos de trabalhar, de divertir-se e até nas tradições que cultuam. Não obstante, permanecem identificando-se com sua etnia tribal e sendo assim identificados pelos representantes da sociedade nacional com quem mantêm contato. O passo que se dá nesse processo não é, pois, como se supôs, o trânsito da condição de índio à de brasileiro, mas da situação de índios específicos, investidos de seus atributos e vivendo segundo seus costumes, à condição de índios genéricos, cada vez mais aculturados mas sempre índios em sua identificação étnica”*²⁷³.

3.2.3. Influência negro-africana

Com um contingente de índios que parecia ilimitado para utilização na florescente empresa açucareira, não é ocioso perguntar por que os colonizadores lusitanos foram buscar de tão longe a mão de obra negro-africana que, em pouco tempo, inundou os quatro cantos da colônia. E a resposta é que isso não pode ser atribuído a uma causa única, mas a uma série de fatores, entre os quais o fato de os índios apresentarem uma cultura incompatível com o trabalho intensivo, regular e, ainda, compulsório, que os europeus pretendiam. *“Não eram vadios ou preguiçosos. Apenas faziam o*

²⁷³ Ibid., p. 101.

*necessário para garantir sua subsistência, o que não era difícil em uma época de peixes abundantes, frutas e animais. Muito de sua energia e imaginação era empregada nos rituais, nas celebrações e nas guerras. As noções de trabalho contínuo ou do que hoje chamaríamos de produtividade eram totalmente estranhas a eles*²⁷⁴.

Os índios resistiam a todas as formas de sujeição, seja pela guerra ou pela fuga, seja pela recusa ao trabalho obrigatório. E eles sempre tiveram melhores condições (de impor tal resistência) do que os escravos africanos, porque se encontravam em seu *habitat*, em sua casa; já para os negros, desenraizados de seu meio e separados arbitrariamente, eram muito limitadas as possibilidades de rebelião coletiva, de modo que não tiveram chance de desorganizar o trabalho compulsório. Mas, aliado a isso, outro fator de suma importância a colocar a escravização dos índios em segundo plano foi a catástrofe demográfica produzida pelo contato com os brancos, o que vitimou centenas de milhares deles por meio de doenças como o sarampo, a varíola e a gripe, cujas epidemias ocorriam como ondas, a ponto de a Coroa portuguesa adotar medidas para tentar impedir o morticínio e a escravização desenfreada de índios, incentivando, por outro lado, a importação de africanos, o que se deu de forma mais presente já na década de 1570.²⁷⁵

É assim que, a partir do último quartel do século XVI, se inicia o incremento da matriz negra que se estenderia até a primeira metade do século XIX, a reboque do lucrativo tráfico negreiro, escurecendo a tez de bronze da gente brasileira impressa pelos mamelucos nos primeiros cem anos de colonização do país. Àquela época, *“A Bahia era o maior núcleo português. Conseguia manter ao redor da cidade, sob o controle dos jesuítas, diversas comunidades indígenas que ajudavam na defesa da cidade e a proviam de braços e de mantimentos. Havia trinta e tantos engenhos, movidos por 3 ou 4 mil escravos negros e 8 mil índios. Nessa proporção, o componente negro-africano iria aumentar cada vez mais. O mesmo havia sucedido com Pernambuco, que tinha mais de mil vizinhos concentrados nas ilhas de Olinda e Igaraçu e comunidades vizinhas. Contava já com dois engenhos altamente*

²⁷⁴ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed., 2. reimpr. São Paulo: EDUSP, 2010, p. 49.

²⁷⁵ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. *Op. cit.*, p. 50.

*produtivos, movidos principalmente por mão de obra africana. Sua população original havia sido praticamente exterminada pelas guerras, pela fome, pelas pestes e, também, pelas secas. Eram tão poucos que os jesuítas não puderam criar ali nenhuma missão. Os dois portos da baía de Pernambuco começavam a ser as bocas de entrada de mão de obra que iria, daí em diante, edificar quanto se edificou, produzir quanto se produziu no Brasil, que eram os negros africanos*²⁷⁶.

Aí se vão quase três séculos de importação forçada da matriz negra, até a proibição definitiva do tráfico. Com efeito, “*Os africanos foram trazidos do chamado ‘continente negro’ para o Brasil em fluxo de intensidade variável. Os cálculos sobre o número de pessoas transportadas como escravos variam muito. Estima-se que entre 1550 e 1855 entraram pelos portos brasileiros 4 milhões de escravos*²⁷⁷, na sua grande maioria jovens do século masculino (...). Aparentemente, negros provenientes do Congo, do norte de Angola e do Daomé – atual Benim – eram menos suscetíveis ao contágio de doenças como a varíola. De qualquer forma, mesmo com a destruição física prematura dos negros, os senhores de escravos tiveram sempre a possibilidade de renovar o suprimento pela importação. A escravidão brasileira se tornou mesmo totalmente dependente dessa fonte. Com raras exceções, não houve tentativas de se ampliar o crescimento da população escrava já instalada no Brasil. A fertilidade das mulheres escravas era baixa. Além disso, criar uma criança por doze ou catorze anos era considerado um investimento de risco, tendo-se em conta as altas taxas de mortalidade, decorrentes das próprias condições de existência²⁷⁸.

Trazidos principalmente da costa ocidental africana, o comércio de escravos negros intensifica-se no século XVII, ao ponto de igualar e até mesmo ultrapassar a matriz índia. Mesmo assim, a protocélula da civilização e da etnia brasileira foi o elemento luso-tupi: o mameluco. No século XVIII, o Brasil já era um “país moreno”, mas que passa a se “embranquecer” nos séculos seguintes

²⁷⁶ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 1. ed., 14. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 85.

²⁷⁷ Darcy Ribeiro calcula que esse número pode ter sido 50% maior, alcançando 6 milhões até 1850, quando o tráfico de escravos foi abolido (*op. cit.*, p. 209).

²⁷⁸ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed., 2. reimpr. São Paulo: EDUSP, 2010, p. 51 e 54.

(XIX e XX), em virtude de intensa imigração europeia, até redundar em sua atual composição, onde (segundo dados estatísticos do IBGE já referidos) mais de 50% dos brasileiros se declaram negros (pretos e pardos); aproximadamente 48%, brancos, e o restante, amarelos e indígenas.

É preciso compreender os processos de deculturação a que foram submetidos os índios nativos e os negros trazidos da África. Os primeiros, como dito alhures, ainda que pertencessem à mesma tribo, eram rejeitados (desde a fase do cunhadio) pelos outros índios, por terem nascido de pais brancos, tornando-se impuros aos olhos de sua gente; mas também pelos brancos, por serem meio-índios. Daí originou-se o mameluco, que aprendeu com a ajuda de sua sabedoria indígena das matas locais, a se conciliar com o branco, e com seu talento para o mando, a sobrepujar os índios originais, embora mantendo, ao lado da língua portuguesa, uma espécie de dialeto tupi que chegou a ser a língua geral falada nos dois primeiros séculos de dominação (o *nheegatu*). Já o negro-africano era capturado de várias tribos diferentes, de maneira que foi mais fácil juntar-se a seus irmãos de cativeiro e aprender o português dominante, sendo subjugados pelos brancos que tiveram especial apreço pelas formas do mulhério preto. Num ou noutro caso, houve um processo de deculturação profunda que deu origem aos mamelucos e aos mulatos. A convergência desses dois mundos ao longo dos séculos XVII e XVIII com a enxurrada branco-europeia dos séculos XIX e XX é que vem de dar no brasileiro atual.

Os negros escravizados foram tratados com extrema crueldade²⁷⁹, tendo esse comércio indigno aumentado gradativamente, a partir do final do século XVI, até sua maior expansão no final do século seguinte e início do

²⁷⁹ “Apresado aos quinze anos em sua terra, como se fosse uma caça apanhada numa armadilha, ele era arrastado pelo pombeiro – mercador africano de escravos – para a praia, onde seria resgatado em troca de tabaco, aguardente e bugigangas. Dali partiam em comboios, pescoço atado a pescoço com outros negros, numa corda puxada até o porto e o tumbeiro. Metido no navio, era deitado no meio de cem outros para ocupar, por meios e meio, o exíguo espaço do seu tamanho, mal comendo, mal cagando ali mesmo, no meio da fedentina mais hedionda. Escapando vivo à travessia, caía no outro mercado, no lado de cá, onde era examinado como um cavalo magro. Avaliado pelos dentes, pela grossura dos tornozelos e dos punhos, era arrematado. Outro comboio, agora de correntes, o levava à terra adentro, ao senhor das minas ou dos açúcares, para viver o destino que lhe havia prescrito a civilização: trabalhar dezoito horas por dia, todos os dias do ano. No domingo, podia cultivar uma rocinha, devorar faminto a parca e porca ração de bicho com que restaurava sua capacidade de trabalhar no dia seguinte até a exaustão”. (RIBEIRO, Darcy. *Op. cit.*, p. 107).

século XVIII com a descoberta das minas de ouro e, depois, de diamantes nas regiões de Goiás, Mato Grosso e Minas Gerais (que levou esse nome por ter sido na região dessa unidade federativa brasileira que se desenvolveram as primeiras e maiores prospecções). Havia desunião entre as tribos originárias. Eles sequer falavam a mesma língua. Sua dignidade fora completamente destruída, e como eram muitos, sequer foram valorizados como mercadoria, no início desse comércio espúrio, pois metade deles morria na travessia dentro do tumbeiro (por isso que o barco negreiro era assim chamado). Depois que começaram a escassear é que foram um pouco mais bem tratados. Na falta total de dignidade, os negros se uniram de alguma maneira nos cativeiros e, por necessidade, aprenderam a língua dos seus algozes; e isso, por incrível que pareça, foi essencial para o novo país adotar uma língua única. Tal foi o processo de deculturação dos negros de África que produziu os “afro-brasileiros”, os quais se misturariam aos mamelucos e aos brancos, formando um Brasil miscigenado.

3.2.4. Neopovo

É bem provável que o brasileiro comece a surgir e a reconhecer-se a si próprio mais pela percepção de estranheza que provocava no lusitano do que por sua identificação como membro das comunidades socioculturais novas, porventura também porque desejoso de remarcar sua diferença e superioridade frente aos indígenas. Na busca de sua própria identidade, talvez até se desgostasse da ideia de não ser europeu, por considerar, ele também, como subalterno tudo que era nativo ou negro. Mesmo o filho de pais brancos nascido no Brasil, mazombo, ocupando em sua própria sociedade uma posição inferior com respeito aos que vinham da metrópole, se vexava muito da sua condição de filho da terra, recusando o tratamento de nativo e discriminando o brasilíndio mameluco ao considerá-lo como índio.²⁸⁰

Foram os mamelucos, portanto, os primeiros a se sentirem brasileiros, porque nem índios (de cujas tribos maternas sofriam rejeição) nem lusitanos, cujos pais os viam mais como braços para o trabalho. O mazombo (filho de portugueses nascido no Brasil) também se sentia rejeitado. Sem poder voltar

²⁸⁰ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. Op. cit., p. 114.

para a metrópole, os seus filhos procuravam se distinguir, vendo-se superiores aos mamelucos, mas inferiores aos reinóis (filhos de portugueses nascidos em Portugal). Esses mazombos e reinóis, à medida que enriquecem nas terras de além-mar, e se tornam mais bem sucedidos do que seus primos lusitanos, deixam de lado o complexo de inferioridade e se misturam aos mamelucos, negros e mulatos. Assim, vai se consolidando no país uma elite que adotou a miscigenação caracterizadora do modelo brasileiro de preconceito sem *apartheid*.

Ao surgimento da macroetnia brasileira, foi essencial o valor da cultura indígena e o seu conhecimento das matas nativas, espalhando-se pelo país por obra e graça dos mamelucos que se foram miscigenando com os brancos, pretos e mulatos. No final das contas, os europeus (e até os reinóis lusitanos) olhavam para a gente daqui como se fosse um só, não obstante os desprezassem. Este o traço de semelhança entre os mamelucos (que se sentiam superiores aos índios e pretos) e os mulatos que mais tarde fundariam a brasilianidade, amorenando a cor da pele e constituindo fator primordial para o estabelecimento do idioma português em todo o território nacional.

Com efeito, é bem possível que a brasilianidade “...só se tenha fixado quando a sociedade local se enriqueceu, com contribuições maciças de descendentes dos contingentes africanos, já totalmente desafricanizados pela mó aculturativa da escravidão. Esses mulatos ou eram brasileiros ou não eram nada, já que a identificação com o índio, com o africano ou com o brasilíndio era impossível. Além de ajudar a propagar o português como língua corrente, esses mulatos, somados aos mamelucos, formaram logo a maioria da população que passaria, mesmo contra sua vontade, a ser vista e tida como a gente brasileira. Ainda que a especialização produtiva ecológico-regional – açúcar, gado, ouro, borracha etc. – conduzisse a diferenciações locais remarcadas, aquela comunidade básica originalmente luso-tupi se mantém, sempre dando uma linha de continuidade, que tanto destaca sua especialidade étnica como opõe as matrizes das quais surgiu e que matou ao constituir-se. Aquela protocélula cultural, plasmada nas primeiras décadas, quando o elemento africano ainda estava ausente ou era raro, operou, daí em diante, como o denominador comum do modo de vida popular dos futuros brasileiros

*de todas as regiões. Seu patrimônio básico estava constituído pelas técnicas milenares de adaptação dos povos Tupi à floresta tropical, que se integraram na herança cultural do mameluco*²⁸¹.

Mas, afinal, quando é que, no Brasil, se pode falar de uma etnia realmente nova? Quando é que surgem, de fato, brasileiros conscientes de si, se não orgulhosos de seu próprio ser, pelo menos resignados com ele? *“Isso se dá quando milhões de pessoas passam a se ver não como oriundas dos índios de certa tribo, nem africanos tribais ou genéricos, porque daquilo haviam saído, e muito menos como portugueses metropolitanos ou crioulos, e a se sentir soltas e desafiadas a construir-se, a partir das rejeições que sofriam, com nova identidade étnico-nacional, a de brasileiros. (...) Dentro do novo agrupamento, cada membro, como pessoa, permanece inconfundível, mas passa a incluir sua pertença a certa identidade coletiva*²⁸².

Em termos cronológicos, pode-se dizer que esse povo novo, miscigenado, já estivesse formado em sua identidade étnico-cultural nos estertores do século XVIII, pouco antes da chamada “segunda invasão portuguesa”, onde *“De um dia para o outro, quase 20 mil portugueses, fugindo das tropas de Napoleão, aportam à Bahia e ao Rio. O sábio rei sabia bem que seu reino prestante estava aqui. Assim é que, vendo Portugal invadido por Napoleão, veio ter aqui, tangendo sua mãe louca. Trouxe consigo o melhor da burocracia portuguesa. Foi um imenso empreendimento naval em que milhares de portugueses desembestaram para o Brasil, disputando lugares a tapa nas naus inglesas convocadas para a operação. Sua influência foi prodigiosa. O Brasil que nunca tivera universidades recebe de abrupto toda uma classe dirigente competentíssima que, naturalmente, se faz pagar, apropriando-se do melhor que havia no país. Mas nos ensina a governar. Enquanto a América hispânica se esfacela e em cada porto se inventa uma nação pouco viável, aqui, apesar das imensas diferenças regionais, se mantém a unidade. Cada levante, mesmo os tismados de republicanos, era enfrentado pelos generais do rei, levando numa mão os canhões e na outra dragonas e decretos de anistia. É claro que muitas dessas lutas foram tão ferozes que obrigaram el-rei a*

²⁸¹ RIBEIRO, Darcy. *Op. cit.*, p. 115.

²⁸² Idem, p. 119-120.

*mandar fuzilar quantidades de curas, que eram os intelectuais rebeldes de então. Mas terminada a refrega, tudo se reconciliava*²⁸³.

A partir de então, rapidamente surgiram lideranças que conduziram os neobrasileiros à instituição de um Estado soberano, dès que a nação já estivesse madura para a independência. *“O resultado fundamental dos três séculos de colonização e dos sucessivos projetos de viabilização econômica do Brasil foi a constituição dessa população – de 5 milhões de habitantes, uma das mais numerosas das Américas de então –, com a simultânea deculturação e transfiguração étnica das suas diversas matrizes constitutivas. Até 1850, só o México (7,7 milhões) tinha maior população que o Brasil (7,2 milhões). O produto real do processo de colonização já era, naquela altura, a formação do povo brasileiro e sua incorporação a uma nacionalidade étnica e economicamente integrada*²⁸⁴.

3.2.5. Incremento europeu tardio

Calcula-se que o contingente imigratório, mormente europeu, que veio acrescer à população brasileira a partir do século XIX, estendendo-se até 1950, tenha sido de aproximadamente 5 milhões de pessoas²⁸⁵, o que não é pouco, já que equivale ao provável número de índios com que as fronteiras da civilização brasileira se foram defrontando até um século antes (1850), favorecendo sobremaneira o “embranquecimento” da tez morena nacional.

Considerada a composição da população na década de 1950 (os censos de 1960 e 1970 não trazem dados referentes à raça ou cor), verifica-se que os índios de vida tribal, mais ou menos autônomos, estavam reduzidos a cerca de 100 mil; os negros terão alcançado um máximo de 5,6 milhões, enquanto os que se definem como pardos (mulatos) seriam 13,7 milhões; e os brancos (que são principalmente mestiços) ascenderiam a 32 milhões. Mas, seria mesmo, a população branca, superior a 60% de todos os brasileiros, na

²⁸³ Ibidem, p. 142-143.

²⁸⁴ Ibid., p. 144.

²⁸⁵ Sendo tal contingente composto, principalmente, “...por 1,7 milhão de imigrantes portugueses, que se vieram juntar aos povoadores dos primeiros séculos, tornados dominantes pela multiplicação operada através do caldeamento com índios e negros. Seguem-se os italianos, com 1,6 milhão; os espanhóis, com 700 mil; os alemães, com mais de 250 mil; os japoneses, com cerca de 230 mil e outros contingentes menores, principalmente eslavos, introduzidos no Brasil sobretudo entre 1886 e 1930”. (RIBEIRO, Darcy. Op. cit., p. 221).

primeira metade do século XX? Na verdade, a própria miscigenação deve ser analisada em relação à circunstância de que todos os contingentes alienígenas eram constituídos principalmente por homens que tinham de disputar as mulheres da terra, ou seja, as índias. É sabido quanto foi insignificante a proporção de mulheres brancas vindas para o Brasil. Nessas condições, recaiu sobre a mulher indígena a função de matriz fundamental, geralmente fecundada pelo branco. Assim se explica, em parte, a branquização dos brasileiros, já que os mestiços de europeu com índio configuram um tipo moreno claro que, aos olhos e à sensibilidade racial de qualquer brasileiro, são puros brancos.²⁸⁶

Esses imigrantes concentraram-se no centro-sul do país, criando paisagens caracteristicamente europeias com populações predominantemente brancas. Todavia, *“Conquanto relevante na constituição racial e cultural dessas áreas, não tiveram maior relevância na fixação das características da população brasileira e da sua cultura. Quando começaram a chegar em maiores contingentes, a população nacional já era tão maciça numericamente e tão definida do ponto de vista étnico, que pôde iniciar a absorção cultural e racial do imigrante sem grandes alterações no conjunto. Não ocorre no Brasil, por conseguinte, nada parecido com o que sucedeu nos países rio-platenses, onde uma etnia original numericamente pequena foi submetida por massas de imigrantes que, representando quatro quintos do total, imprimiram uma fisionomia nova, caracteristicamente europeia, à sociedade e à cultura nacional, transfigurando-os de povos novos em povos transplantados. O Brasil nasce e cresce como povo novo, afirmando cada vez mais essa característica em sua configuração histórico-cultural (...). Apesar da desproporção das contribuições – negra, em certas áreas; indígena, alemã ou japonesa, em outras –, nenhuma delas se autodefiniu como centro de lealdades étnicas extranacionais. O conjunto, plasmado com tantas contribuições, é essencialmente uno enquanto etnia nacional, não deixando lugar a que tensões eventuais se organizem em torno de unidades regionais, raciais ou culturais*

²⁸⁶ Ibid., p. 209-210.

*opostas. Uma mesma cultura a todos engloba e uma vigorosa autodefinição nacional, cada vez mais brasileira, a todos anima*²⁸⁷.

3.3. Brasil em cores: um povo único

A despeito do contínuo processo de formação dos povos, importa para o presente estudo o recorte histórico desses cinco séculos de Brasil (XVI a XX) – os quais, na verdade, se confundem com a própria formação e desenvolvimento do país e seu povo –, vez que as cotas raciais só vieram a ser implementadas, aqui, na primeira década deste século XXI (no que concerne à admissão a universidades públicas). E, como visto, é de se concluir que o povo brasileiro formado até o final do século XX é, essencialmente, um povo miscigenado a partir das três matrizes básicas já exaustivamente referidas: a branco-europeia, a indígena-nativa e a negro-africana. Com efeito, sem medo de errar, pode-se dizer que –, à exceção de uma percentagem mínima de descendentes de europeus e árabes advindos da imigração tardia²⁸⁸ ou de raríssimas comunidades quilombolas e de tribos indígenas mais raras ainda (situadas no coração da Amazônia), o que se torna irrelevante em qualquer debate ou estatística, se se cotejar com o grosso da população –, não há qualquer brasileiro puramente branco, preto ou índio no país.

E a base da formação do povo, como dito aqui também à exaustão, foi a protocélula mameluca haurida da miscigenação entre os brancos europeus e os índios nativos. Os mamelucos, enfim, dominaram a cena durante todo o primeiro século de colonização portuguesa, sendo interessante perceber como ficaram associados, no plano econômico, à primeira monocultura, justamente a que deu nome à futura nação, já que o pau-brasil²⁸⁹ foi a principal riqueza da

²⁸⁷ Ibid., p. 222-223.

²⁸⁸ Devem ser excetuados, outrossim, alguns descendentes dos aqui denominados amarelos, designadamente japoneses que para cá vieram trabalhar nas fazendas de café, no início do século XX, fugidos de um Japão superpovoado e que se modernizava, causando sério desemprego no campo e nas cidades, mas que também são em número inexpressivo, considerado o montante global do povo brasileiro, de mais de 200 milhões de indivíduos.

²⁸⁹ Encontrado em abundância na mata atlântica brasileira, entre os atuais Estados do Rio Grande do Norte e do Rio de Janeiro, sabe-se que seu cerne vermelho era usado como corante, tendo importância para a ascendente indústria têxtil europeia. Ademais, sua madeira tinha ótima resistência e era utilizada na construção de móveis e até navios.

terra no início do século XVI, até exaurir-se quase por completo em menos de cinco décadas.

Como também já se teve a oportunidade de analisar, o relacionamento entre os colonizadores brancos e os índios nativos, no começo, foi amistoso, baseando-se no costume do cunhadio e no escambo, sendo certo que a extração do pau-brasil era obtida principalmente mediante troca com os índios²⁹⁰, o que favoreceu sobremaneira a miscigenação entre essas duas matrizes, não diminuía com a posterior escravização dos povos indígenas para o trabalho na lavoura da cana-de-açúcar até quase o final daquele século, quando a mão de obra indígena foi gradativamente substituída pela escravaria negro-africana que se tornou o arrimo da segunda monocultura do Brasil já no século XVII, concentrada na região nordeste do país, mas se espraiando para a região central durante todo o século seguinte, depois que os bandeirantes paulistas descobriram as minas de ouro e de diamantes.

E, como dito alhures, se ao adentrar o século XIX, o Brasil era nitidamente um país de tez morena –, com o fim do tráfico negreiro e, depois, da própria escravatura, a par, designadamente, do desenvolvimento da monocultura do café, que atraiu imigrantes da eurásia, mas principalmente europeus que para cá vieram em ondas imigratórias descontínuas –, o país tendeu a se “embranquecer”, o que continuou acontecendo durante quase todo o século XX²⁹¹, fomentada (a imigração) pela industrialização ocorrida a partir da riqueza produzida na era do café, precisamente na região sudeste do país, no eixo Rio/São Paulo/Minas.

Assim sendo, ainda que se rejeite ao Brasil o título de verdadeira democracia racial, não se pode deixar de reconhecer que – pouco para mais ou pouco para menos – o influxo imigratório de cerca de 5 milhões de europeus foi equivalente, em termos absolutos, ao número de negros trazidos da África e ao

²⁹⁰ “As árvores não cresciam juntas, em grandes áreas, mas encontravam-se dispersas. À medida que a madeira foi se esgotando no litoral, os europeus passaram a recorrer aos índios para obtê-la. O trabalho coletivo, especialmente a derrubada de árvores, era tarefa comum na sociedade tupinambá. Assim, o corte do pau-brasil podia integrar-se com relativa facilidade aos padrões tradicionais da vida indígena. Os índios forneciam a madeira e, em menor escala, farinha de mandioca, trocadas por peças de tecido, facas, canivetes e quinquilharias, objetos de pouco valor para os portugueses”. (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed., 2. reimpr. São Paulo: EDUSP, 2010, p. 42).

²⁹¹ Só se interrompendo a partir das crises do petróleo, na década de 1970 (até hoje).

número de índios nativos aqui encontrados; que, tirante alguns poucos mamelucos (embranquecidos pela cultura assimilada dos colonizadores e pela pele mais clara que os igualava aos mazombos e reinóis dos trópicos), a elite brasileira que se formara até a independência do país era essencialmente europeia, sendo que a grande massa de brasileiros livres compunha-se, essencialmente, de mamelucos pobres, mulatos e cafuzos em um país de latifúndios; e que, finalmente, foi se juntando a essa massa de brasileiros pobres, os pretos alforriados e os remanescentes libertos até 1888, com eles se miscigenando e concorrendo, futuramente, às vagas de emprego na indústria, dominada pelos poucos descendentes daquela mesma elite.

Claro que os obstáculos a serem superados pelos imigrantes europeus tardios que vieram trabalhar nas lavouras de café no século XIX (embora inúmeros também, como para todo imigrante em geral) não podem ser comparados aos dos escravos negros dos séculos XVIII (das minas de ouro e diamantes) e XVII (dos engenhos de açúcar), nem aos dos índios nativos do século XVI (mesmo os da monocultura do pau-brasil), mas o fato é que o Brasil industrial do século XX, mormente depois da ascensão e queda de Getúlio Vargas²⁹², é um país governado pelos descendentes daquela mesma elite essencialmente branco-europeia e cuja massa de trabalhadores, embora completamente miscigenada, se vê como predominantemente branca, cenário que se alterou rapidamente em apenas uma década, a primeira do século XXI, onde a maioria da população já se percebe negra²⁹³.

²⁹² Apontado como o maior estadista brasileiro de todos os tempos, que liderou o movimento de tomada do poder em 1930 e, a partir deste, levou o Brasil à modernidade, defenestrando a chamada República Velha, em que predominava o voto de cabresto e o poder era derivado dos grandes produtores rurais. Apesar de ter sido, em sua maior parte (até 1945), um governo ditatorial, foi aí que se deu o fim de grupos paramilitares, que se espalhavam pelo país, e que se instituiu, pela primeira vez, uma legislação trabalhista e previdenciária, a par de uma grande reforma na administração pública brasileira que culminou, em 1938, com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), importante passo no sentido da profissionalização dos gestores públicos e da superação do sistema patrimonialista que dominava o aparelho estatal.

²⁹³ No censo do ano 2000 – o último do século XX – 53,7% das pessoas se classificaram como brancos, enquanto 44,6% se autodeclararam pretos ou pardos. Porém, no último censo (de 2010), os pretos e pardos já somam 50,7% da população, enquanto o número de brancos reduz para 47,7% dela. (Fonte: sítio oficial do IBGE, censos demográficos de 2000 e 2010 – amostra/população).

Coincidência ou não, o Brasil só aparece nas estatísticas oficiais como um país de maioria negra, a partir de 2010²⁹⁴, justamente quando o fenômeno das cotas raciais começou a se disseminar pelo país, durante a primeira década deste século. E, considerando que o legislador constituinte de 1988 não previu expressamente esse tipo específico de discriminação positiva, é de se perguntar o que motivou algumas universidades públicas, como a pioneira UERJ, a deflagrarem esse processo, posteriormente secundadas pelo legislador ordinário. Mais do que isso, é preciso investigar o porquê dessa opção política em trazer para o tablado a questão racial em um país que jamais tinha feito uso de legislação racista ou, também, de institutos antirracistas de cunho diferencialista, o que põe em xeque a visão do mencionado professor Abdias do Nascimento de que se haveria falar em determinado “povo afro-brasileiro”, apartado dos demais membros de sua respectiva nação.

3.4. *Opção política casuística?!*

Por que o Brasil não investiu pesadamente em educação pública de qualidade, em todos os níveis, desde que saiu da recessão havida na famosa “década perdida” de 1980, causada pelas sucessivas crises do petróleo da década anterior²⁹⁵ (ao ponto de, em verdade, terem sido a causa mais direta da derrocada da ditadura militar no país)? Será que, diante de uma população essencialmente miscigenada, precisaria ter recorrido a programas afirmativos em matéria racial, se o povo estivesse nivelado pela educação (pois de lá até o início desses programas já se passara quase uma geração)? São perguntas pertinentes, e que desafiam respostas honestas.

²⁹⁴ Segundo se extrai do sítio eletrônico oficial do IBGE, dos 11 censos demográficos realizados no país até hoje (1872, 1890, 1920, 1940, 1950, 1960, 1970, 1980, 1991, 2000 e 2010), somente os do século XIX (1872 e 1890) apontaram para uma população de afrodescendentes (pretos e pardos) maior do que a de brancos, não se tendo pesquisado o quesito “cor ou raça” nos censos de 1920 e 1970.

²⁹⁵ O processo de descolonização ocorrido logo após a II Guerra Mundial fez aflorar sentimentos nacionalistas em Estados periféricos, o que refletiu nos países produtores de petróleo, principalmente do oriente médio (Arábia Saudita, Irã, Iraque e Kuwait), que criaram a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), juntamente com a Venezuela, em 1960, passando a ditar o preço do barril de petróleo com aumentos gradativos, preço este influenciado, ainda, pelos conflitos árabe-israelenses e outros envolvendo alguns daqueles países no período (entre os quais a revolução islâmica do Irã e a guerra Irã-Iraque), o que viria a ter forte impacto negativo na economia global a partir da década de 1970.

Há vozes autorizadas, com efeito, a sustentarem fortemente que a ação afirmativa no Brasil, estando em causa fatores étnico-raciais, teve início por mero casuísmo político, como a da socióloga, historiadora, jornalista e professora aposentada da Universidade de Campinas (Unicamp) Célia Maria Marinho de Azevedo, para quem *“...é sintomático que a sua concretização só tenha começado a ocorrer a partir de 2001, ou seja, na segunda metade do segundo mandato do governo de Fernando Henrique Cardoso, aliás, já por demais desgastado e necessitado de produzir ‘novidades’ sociais no início da largada de mais uma campanha eleitoral para a presidência. Não seria bom suspeitar um pouco das intenções oportunistas de políticos que em época próxima de eleição presidencial abraçaram a causa da cota racial? O governador Anthony Garotinho, à época, candidato à presidência, mal se lembrou de consultar a comunidade acadêmica sobre isso, apressando-se em produzir projeto de lei de estabelecimento de cota racial nas universidades estaduais do Rio de Janeiro já a partir da seleção de 2002/2003”*²⁹⁶.

Por seu turno, a socióloga e educadora da Universidade de São Paulo (USP) Sabrina Moehlecke explica que o Movimento Negro no Brasil teve início em meados da década de 1980, por meio de ações empreendidas pelo então deputado federal Abdias do Nascimento, entre as quais a previsão (incluída em projeto de lei de sua autoria) de cotas para negros (20%) na seleção de candidatos ao serviço público e a bolsas de estudo; e que esse movimento foi se mobilizando no sentido de denunciar o “mito” da alardeada “democracia racial” brasileira, tendo pressionado, no ano do centenário da abolição da escravidão (1988), pela criação da Fundação Cultural Palmares (com a missão de servir de apoio à ascensão social da população negra), além de organizado a Marcha Zumbi contra o Racismo, responsável pela elaboração de um plano com propostas de políticas públicas para a população negra, consubstanciado no Programa de Superação do Racismo e da Desigualdade Racial, entregue ao governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, em 20/11/1995, o qual instituiu “...o Grupo de Trabalho Interministerial – GTI –,

²⁹⁶ AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça?* São Paulo: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Cadernos de Pesquisa, v. 34, n. 121, jan./abr. 2004, p. 233.

para desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra”²⁹⁷, demonstrando, assim, que a ideia de ação afirmativa em matéria racial já se firmara na década de 1990, em movimento social específico, entrando na pauta do poder público federal brasileiro.

Por sua vez, Demétrio Magnoli alerta para a influência da Fundação Ford nesses movimentos, pois adepta do multiculturalismo de inspiração norte-americana que acabou propagando para os países periféricos o paradigma estadunidense de luta antissegregação. Segundo ele, *“A difusão internacional do multiculturalismo foi interpretada pelos sociólogos franceses Bourdieu e Wacquant como ‘uma verdadeira globalização das problemáticas americanas’. A ação da FF no Brasil atesta a agudeza desse diagnóstico. As subvenções da Fundação replicaram nas universidades brasileiras os modelos de estudos étnicos e de ‘relações raciais’ aplicados nos EUA e consolidaram uma rede de organizações racialistas que começaram a reproduzir os discursos e demandas das similares afro-americanas. Por essa via, a polaridade branco/preto, que se coaginou nos EUA com a regra da gota de sangue única, foi exportada para os ativistas no Brasil, um país atravessado por desigualdades sociais muito diferentes e cuja tradição identitária articulou-se em torno da ideia de mestiçagem”*²⁹⁸, não se podendo desprezar que *“Da inauguração do escritório brasileiro até 2001, a FF desembolsou em doações 347 milhões de dólares, em valores ajustados à inflação (sendo que a) Universidade Estadual do Rio de Janeiro recebeu uma doação de US\$ 1,3 milhão, que figura na lista das maiores da história do escritório, em 2001, quando implantou seu programa pioneiro de cotas. A Universidade de Brasília implantou seu programa em 2004 e nos anos seguintes recebeu sucessivas doações (...)”*²⁹⁹.

Todavia, a criação das ações afirmativas nos Estados Unidos decorreu de uma situação histórica e pontual, originada pela discriminação até então praticada naquele país e que transformara a sociedade em um barril de pólvora prestes a explodir a qualquer momento. Criar programas positivos foi a solução

²⁹⁷ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. São Paulo: Faculdade de Educação da USP. Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/2002, p. 204-206.

²⁹⁸ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 98.

²⁹⁹ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 98.

encontrada pelos governantes para tentar administrar a crise. Se nenhuma medida tivesse sido adotada para conter o ânimo da população segregada ou nada fosse feito para demonstrar boa vontade para com os negros, fortes indícios levam a crer que ocorreria um conflito civil de proporções incalculáveis no território norte-americano, sendo certo que, com o tempo, uma política destinada tão só a combater a segregação, consistente num mero retorno à política cega à cor (*color blind*), não foi suficiente para eliminar os efeitos perversos da discriminação oficial, daí a noção de ação positiva ter evoluído para um significado mais ativo, de integração, a partir da consciência da raça negra, desta feita, não para ser subjugada, mas para ser incluída na sociedade.³⁰⁰

Trata-se de uma realidade completamente diferente da brasileira que, como visto, nunca teve uma política institucionalizada de segregação racial³⁰¹, quer empreendida no âmbito nacional quer adotada por qualquer município ou unidade da Federação, jamais tendo ensejado qualquer marcha às ruas, simplesmente porque inexistisse tal espécie de conflito social. Já nos EUA, e essa é uma das ironias da criação das ações afirmativas, elas foram colocadas em prática pela elite branca do país (e não por iniciativa dos ativistas negros), desejosa de apaziguar os ânimos inflamados nas décadas de 1960 e 70. Com efeito, na América, “...o que ensejou a adoção dessa política foi a profunda ruptura na tranquilidade social, a partir de uma sucessão de eventos que, praticamente, não deram escolhas para os governantes. Ou se adotavam políticas para inserir o negro, ou, então, haveria uma grande revolta nacional”³⁰².

³⁰⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 207-208.

³⁰¹ O que significa a ausência de legislação tendente ao segregacionismo, como as *Leis Jim Crow* dos EUA. Isso nunca houve no Brasil. Mas, muitos defendem que no país vigoraria um tipo de racismo institucionalizado, no sentido “...de práticas excludentes desencadeadas a partir de um discurso racista anterior, silenciado posteriormente, mas institucionalizado para garantir a continuidade daquelas mesmas práticas” (MILES, Robert. *Apud AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça?* São Paulo: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Cadernos de Pesquisa, v. 34, n. 121, jan./abr. 2004, p. 215.

³⁰² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. *Op. cit.*, p. 209.

Não obstante, a Declaração de 2001 da *World Conference against Racism* (WCAR), realizada em Durban (na África do Sul) –, a par de ter reafirmado os princípios gerais proclamados pela Declaração Universal de 1948 –, qualificou os valores de solidariedade, respeito, tolerância e “multiculturalismo” como terreno moral para a luta em todo o mundo contra o racismo, e caracterizou a “diversidade cultural” como “valioso patrimônio para o desenvolvimento e bem-estar da humanidade”, servindo a introdução do princípio da diversidade cultural no direito internacional dos direitos humanos como alicerce para a oficialização do conceito de “afrodescendentes” e do reconhecimento de sua “cultura” e “identidade” nas Américas e nas regiões da “diáspora africana”. Utilizando esses termos, o documento instituiu o conceito de nação diaspórica, constituída com base na ancestralidade e na cultura, que seria composta por populações espalhadas em diversos países, e detentora de um direito à reparação; além disso, os negros das Américas figuram como presumidos descendentes dos escravos africanos transferidos pelo tráfico no Atlântico, sendo que aquela reparação deverá ser paga pelos brancos, que figuram como supostos descendentes dos proprietários de escravos.³⁰³

Para tornar efetivo o conceito de “reparação racial”, o programa de ação da WCAR solicita dos Estados a implementação de “ações afirmativas ou positivas, em comunidades de descendência primariamente africana”, o que, somado à incorporação do conceito de nação diaspórica dos afrodescendentes (inserindo, dentre outras, as categorias de afro-americanos e afro-brasileiros) ao direito internacional, resultou em que os países das Américas que firmaram os documentos de Durban (como o Brasil), estivessem implicitamente adotando para si mesmos uma definição de Estados plurinacionais, o que significa conferir à “minorias” de “afrodescendentes” o estatuto de nação, motivando as ONGS multiculturalistas, de imediato, a exigirem dos governos que contemplassem os afrodescendentes em sua legislação de direitos coletivos especiais. Depois de Durban, a etnia e a raça podiam ser invocadas para a fabricação legal de minorias, às quais se atribuiriam direitos especiais, tendo a

³⁰³ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 101.

ONU renunciado, ao menos parcialmente, à linha antirracista expressa no imediato pós-guerra pela Declaração Universal de 1948.³⁰⁴

Eis, portanto, o pano de fundo sobre o qual se tem desenhado o modelo de ações afirmativas voltadas principalmente à proteção de uma suposta nação afro-brasileira, desde o início deste século XXI, em suma, começando pelos programas desenvolvidos por algumas universidades públicas, e passando, no plano federal, pelo Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.888/2010) e pela Lei das Cotas em Instituições de Ensino Superior e Escolas Técnicas (Lei nº 12.711/2012), até a novel Lei das Cotas em Concursos Públicos (Lei nº 12.990/2014) que incorporou o conceito de cota fixa, depois da autorização – pode-se dizer assim – conferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186, tudo, porém, contrapondo a conclusão de Darcy Ribeiro sobre a constituição de um povo único já no final do século XVIII, ainda mais “embranquecido” pelo “incremento europeu tardio”; e, o que é mais grave, um modelo que tem como bússola a realidade norte-americana, muitíssimo diferente da brasileira.

3.5. One drop rule

A sociedade americana pode ser descrita, segundo o *melting pot*³⁰⁵, na acepção de uma salada de frutas, como uma coleção de grupos raciais com identidades culturais essencialmente distintas. Isso, claro, favoreceu a segregação, vislumbrada até mesmo no campo residencial urbano. Com efeito, os guetos americanos contrastam com os padrões de segregação espacial brasileiros (estes essencialmente ligados à renda), configurando verdadeiros mosaicos raciais cujo exemplo clássico é o da cidade de Los Angeles: os brancos separam-se pela fuga rumo aos subúrbios, mas, nas áreas centrais, os bairros negros e hispânicos formaram conjuntos distintos e salpicados por enclaves étnicos de chineses, filipinos e coreanos. No coração do conceito de *melting pot*, pois, está a convicção de que a espinha dorsal da nação é constituída pelos brancos protestantes, a “raça” haurida da fusão original de

³⁰⁴ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 102.

³⁰⁵ Vide nota 156.

cepas europeias. Logo, foi esse imperativo eugênico de conservar a integridade da raça branca que inspirou as leis antimiscigenação.³⁰⁶

Mas essa visão de uma constante ameaça à identidade branca, anglo-saxã e protestante dos EUA não se confinou aos negros. Como esclarece Demétrio Magnoli, o cientista político Samuel Huntington, celebrizado por seu “Choque de civilizações”, publicou em 2004 uma obra intitulada *Who are we? The challenges to America’s national identity*, em que “*identifica na imigração hispânica um ácido corrosivo atuando sobre a cultura americana*”, ao passo que fornece argumentos para uma articulação conservadora voltada para restringir os direitos dos imigrantes. O argumento de Huntington, segundo ele, “*...é que os EUA não são um país de imigrantes, mas de colonos – isto é, dos colonos europeus originais que ‘fundiram’ suas identidades e estabeleceram a base cultural do país. Naquela origem, encontram-se os valores da Constituição, a ética protestante e o lugar especial da religião na vida social. Tudo o que veio depois é apenas adição – e o advento da imigração em massa de latino-americanos, que são católicos e adaptados a uma cultura de dependência, desgasta o rochedo sobre o qual se ergue a nação. Who Are We?, como registrou Alan Wolfe, é um grito nativista, uma reação cultural remanescente do pensamento de Madison Grant, o que nos leva de volta aos negros e ao eugenismo*”.³⁰⁷

É que – ainda segundo Magnoli – ao tempo do período segregacionista, nunca se pusera em questão o problema de saber quem era ou não negro, porque havia uma clareza conceitual sobre o assunto que se deve, em grande medida a Grant, um advogado nascido em Nova York em 1865, e que dividiu suas atenções entre o eugenismo e o conservacionismo ambiental. “Grant publicou *The Passing of the Great Race*, um tratado eugenista no qual delineava a tese de que a ‘raça nórdica’ era responsável pelo desenvolvimento civilizacional da humanidade. *Sob a influência do eugenista americano, o movimento eugenista alemão adotou a tese da ‘raça nórdica’, que o ideólogo nazista Alfred Rosenberg denominava ‘ariano-nórdica’.* O governo nazista alemão promoveu a tradução e divulgou edições oficiais da obra de

³⁰⁶ MAGNOLI, Demétrio. *Op. cit.*, p. 118.

³⁰⁷ *Op. cit.*, p. 118-119.

Grant, que ganhou do próprio Hitler o seguinte elogio: ‘O livro é minha bíblia’. Sucede que, em 1924, os EUA passaram a Lei de Imigração, que estabeleceu cotas para a entrada de europeus do sul e do leste, e proibiu a entrada de asiáticos, sendo que o Estado da Virgínia promulgou uma “Lei de integridade Racial” que se tornou a mais célebre das leis antimiscigenação do país. E Grant assessorou diretamente a produção de ambas as leis. *“A lei estadual da Virgínia, no seu item 5, determinava que: ‘Será ilegal, de agora em diante, que qualquer pessoa branca case-se com qualquer um que não seja uma pessoa branca ou com uma pessoa com uma mistura de sangue que não seja de branco e de índio americano. Para a finalidade desta lei, o termo “pessoa branca” deve se aplicar somente àquele que não tenha traço algum de qualquer sangue senão o caucasiano; mas pessoas que tenham 1/16 ou menos de sangue de índio americano e não tenham nenhum outro sangue não caucasiano devem ser definidas como pessoas brancas”.*³⁰⁸

Assim tomou corpo nos Estados Unidos, positivando-se, a regra da gota de sangue única³⁰⁹, que serviu como modelo para as legislações estaduais, que logo adaptaram suas definições ao paradigma da pureza racial. Antes da lei da Virgínia, a miscigenação entre pessoas de ancestralidade europeia e africana não era bem vista, mas aceitava-se como fato da vida a existência de mestiços, “usualmente classificados como mulatos”. O objetivo da lei de 1924 não era definir precisamente as raças não brancas, embora determinasse uma classificação nominal dos habitantes do Estado segundo a sua “composição racial”. Contudo, ao delimitar meticulosamente a raça branca, produzia a divisão legal da população em dois grupos polares: brancos e não brancos.³¹⁰ Nascia, destarte, o sistema birracial norte-americano.

Logo, nos Estados Unidos, o sistema segregacionista que imperou desde o ocaso do período da “Reconstrução”, após o término da Guerra Civil, e que resultou nas multicitadas “Leis Jim Crow”, havia encontrado uma base “científica” para se consolidar, separando de forma objetiva os brancos dos não brancos, quando, na verdade, a intenção subjacente era identificar os reais descendentes do *melting pot* originário, os filhos e filhas dos colonos europeus

³⁰⁸ Idem, p. 119-120.

³⁰⁹ Vide nota 158.

³¹⁰ MAGNOLI, Demétrio. *Op. cit.*, p. 120.

que fundaram a nação americana, mas separando-os dos que se tinham “contaminado” com o sangue negro, uma vez que nos primórdios da segregação, e durante longo tempo mais, não havia preocupação com os imigrantes asiáticos ou latino-americanos que vieram muito mais tarde, e os índios nativos já eram poucos, pelo que o importante era segregar os negros, assim considerados aqueles que possuísem qualquer ascendente africano, ainda que em passado longínquo, transformando, assim, a sociedade americana numa verdadeira sociedade bicolor e, portanto, desprezando as categorias intermediárias (morenos, mulatos, pardos etc.) para efeito dessa classificação.

Evidentemente que essa realidade norte-americana tornou bem mais simples a identificação dos destinatários da política segregacionista (para a qual, aliás, o sistema da *one drop rule* foi desenvolvido), ao mesmo tempo em que, no futuro, facilitou sobremaneira a implementação dos programas de ação afirmativa em matéria racial, porque apenas uma gota de sangue negro (identificada a partir da ascendência da pessoa, é claro) tornava o sujeito negro. Por tudo isso, afinal, é perceptível na sociedade estadunidense o não compartilhamento dos mesmos valores entre negros e brancos e nem de uma mesma identidade como povo, existindo ainda hoje, por exemplo, lugares praticamente destinados aos negros, como o *Harlem*, em Nova York, além de ritmos específicos como o *blues*, o *jazz*, o *hip-hop* e Igrejas reservadas como as Batistas, de modo que, mesmo dividindo, eventualmente, certos gostos, as comunidades negra e branca apresentam essências culturais predominantemente distintas.³¹¹

³¹¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração*. In: GARCIA, M.; PIOVESAN, F. (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos (grupos vulneráveis)*. São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 133-134. A autora cita, ainda, exemplos extraídos das observações do sociólogo e professor da Universidade de Illinois, James Davis, acerca da perplexidade que algumas vezes a *one drop rule* tem causado até recentemente, vez que ela ainda persista no censo americano. Com efeito, ele conta que “Durante muito tempo, as negras não puderam se candidatar (ao concurso de Miss America), mas na década de 80 essa restrição foi retirada. Em 1984, a candidata Vanessa Williams, considerada negra pela regra do *one drop rule*, mas branca na aparência, ganhou o concurso e foi intitulada como a primeira negra norte-americana a se tornar Miss America. Tal fato despertou certa comoção nacional, porque ninguém acreditava que ela realmente fosse negra. A situação ficou tão constrangedora que os organizadores do concurso, para tentar legitimar o slogan de a primeira negra a vencer o Miss America, anularam a vitória de Vanessa, alegando que ela havia posado para fotos sensuais antes do concurso, e elegeram a segunda colocada como vencedora, Suzette Charles, que, aparentemente, era um

Trata-se, portanto, de uma realidade bem diferente da brasileira. Com efeito, além de a protocélula mameluca haver contribuído fortemente com seu traço “embranquecedor”, nos primórdios da formação do povo brasileiro, estendendo-se até meados do século XVIII, a escravidão dos negros se espalhou pelo país inteiro em seus quase três séculos de existência, levada a reboque pela monocultura da cana-de-açúcar (no Nordeste) até as lavouras do café (no Sudeste), passando pelas minas de ouro e diamantes das Gerais e região central do país, sem contar o costume do cunhadio com as índias, adaptando o colonizador europeu, mormente o português, é claro, à prática futura de miscigenação com as negras, enquanto que, nos EUA, a escravidão, além de tardia, constituiu um fenômeno regional, circunscrevendo-se aos Estados do sul do país.

Como se não bastasse – calha repetir –, a guerra de secessão causou um trauma difícil de ser superado na sociedade norte-americana, recaindo a culpa, de certo modo, aos negros, por cuja liberdade centenas de milhares de vidas foram ceifadas, enquanto no Brasil, a guerra contra o Paraguai representou uma oportunidade de os negros cativos (arregimentados pelas Forças Armadas para lutar ao lado dos oficiais brancos) mostrarem o seu valor, justamente à instituição (antes imbuída do ideário abolicionista) que viria a proclamar a República, dominando o cenário político do país pelos próximos cem anos, e cujo prestígio só desvaneceria depois do fim da ditadura militar, na década de 1980.

Bem antes do mais importante livro de Darcy Ribeiro (*O povo brasileiro etc.*, 1995), deveras citado neste trabalho, e anterior, também, às obras pinaculares de Caio Prado Júnior (*Formação do Brasil contemporâneo*, 1942) e Sérgio Buarque de Holanda (*Raízes do Brasil*, 1936), foi precursor nos estudos dirigidos a entender, verdadeiramente, as origens da formação de nosso povo, o inolvidável Gilberto Freyre que, em seu *Casa-grande & Senzala* (1933), fala

pouco mais negra do que Vanessa (DAVIS, James. Who is Black? One Nations's Definition. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2001, p. 2). (Outro caso é o) ...do líder do movimento negro, Reverendo Adam Clayton Powell Jr., que era loiro, dos olhos azuis e de nariz aquilino. No entanto, dentro da organização, era visto com certa desconfiança. Por outro lado, as atrizes negras pela regra da ascendência, mas brancas na aparência, viviam um verdadeiro dilema nos Estados Unidos, haja vista a determinação de que não poderiam interpretar brancas. Todavia, somente conseguiam papéis como negras se tivessem de pintar a pele” (vide nota à p. 132).

pela primeira vez, de forma otimista, na miscigenação generalizada que se deu entre brancos, índios e negros no Brasil, o que, antes, era motivo de escárnio, atribuindo-se a essa linha divisória o início de um “mito” segundo o qual o Brasil seria uma “democracia racial”³¹². De fato, além de valorizar amiúde a contribuição do negro para o novel país, Freyre conseguiu firmar o caráter positivo daquela mistura em uma de suas passagens mais famosas: *“Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo (...) pelo menos a pinta, do indígena e do negro. Na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo em que se deliciam os nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra”*³¹³.

Tudo isso implicou, por certo, em que, no Brasil, sequer fosse imaginada uma política de estado voltada para a segregação, ao contrário dos Estados Unidos, onde não menos do que trinta³¹⁴ Estados da Federação chegaram a estabelecer leis segregacionistas (*à la Jim Crow*). A *one drop rule*, como dito, ao mesmo tempo em que favoreceu a política de segregação oficial, também facilitou os programas de ação afirmativa posteriores, concebidos mais uma vez pelas mãos do Estado, desta feita para remendar um século de exclusão dos negros, sob pena, como vimos, de eclodir uma nova guerra fratricida. No Brasil, contudo, devido a sua decantada miscigenação e um histórico de preconceito velado, porém não segregacionista, a grande dificuldade que se apresenta na implementação de medidas positivas é conseguir distinguir os seus beneficiários.

³¹² Antônio Sérgio Alfredo Guimarães explica, contudo, que a expressão veio a lume na época do Estado Novo (1937-1944), “...diante do enorme desafio de inserir o Brasil no mundo livre e democrático, por oposição ao racismo e ao totalitarismo nazi-fascistas, que acabaram vencidos na Segunda Grande Guerra”, mas quem a denunciou como “mito” foi Florestan Fernandes, transformando-se a democracia racial, posteriormente, “...nos anos de 1980, no principal alvo dos ataques do movimento negro, como sendo uma ideologia racista”. (GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Depois da democracia racial*. São Paulo: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 2, novembro/2006, p. 269-270).

³¹³ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala. Apresentação de Fernando Henrique Cardoso*. 47. ed. São Paulo: Global, 2003, p. 28.

³¹⁴ Cfe. MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 118.

3.6. *Tribunais raciais*

Na década de 1950, sob os auspícios da UNESCO, foram desenvolvidos estudos sobre as “relações raciais” no Brasil. O objetivo era compreender a dinâmica de aparente tolerância com que os brasileiros conviviam dentro de uma sociedade culturalmente diversificada. Tais estudos dividiram-se em três correntes: uma sobre o processo de aculturação dos negros, preocupada em determinar a contribuição das culturas africanas na formação da cultura brasileira; outra sobre o processo histórico em que o negro entrou na sociedade brasileira, tendo Gilberto Freyre como o principal representante; e uma terceira de caráter sociológico, que se orienta no sentido de desvendar o estado das relações entre os componentes brancos e de cor (seja qual for o grau de mestiçagem com o negro ou com o índio) da população brasileira.³¹⁵

Ligado a esta última corrente, destaca-se o trabalho desenvolvido por Oracy Nogueira que, a partir de um estudo comparativo das realidades norte-americana e brasileira, estabeleceu os conceitos de *preconceito racial de origem* e *preconceito racial de marca*, relacionando suas diferenças. Segundo ele, “Considera-se como *preconceito racial* uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é *de marca*; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as conseqüências do preconceito, diz-se que é *de origem*”³¹⁶.

³¹⁵ NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil*. São Paulo: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1, novembro/2006, p. 287.

³¹⁶ NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil*. Op. cit., p. 292.

Doze, as distinções apontadas entre o preconceito racial de marca (verificado no Brasil) e o preconceito racial de origem (observado nos EUA) cuja síntese é a seguinte:

I) *Quanto ao modo de atuar*: o preconceito de marca determina uma preterição e o de origem, uma exclusão incondicional dos membros do grupo atingido, em relação a situações ou recursos pelos quais venham a competir com os membros do grupo discriminador. Assim, por exemplo, um clube recreativo, no Brasil, pode opor maior resistência à admissão de um indivíduo de cor que à de um branco; porém, se o indivíduo de cor contrabalançar a desvantagem da cor por uma superioridade inegável, em inteligência ou instrução, em educação, profissão e condição econômica, ou se for hábil, ambicioso e perseverante, poderá levar o clube a lhe dar acesso, “abrindo-lhe uma exceção”, sem se obrigar a proceder da mesma forma com outras pessoas com traços raciais equivalentes ou, mesmo, mais leves. Nos Estados Unidos, ao contrário, as restrições impostas ao grupo negro, em geral, se mantêm, independentemente de condições pessoais como a instrução, a ocupação etc. Tanto a um negro portador de PhD (doutor em filosofia, título altamente respeitado naquele país) como a um operário, será vedado residir fora da área de segregação, recorrer a certos hospitais, frequentar certas casas de diversões, permanecer em certas salas de espera, em estações, aeroportos etc., utilizar-se de certos aposentos sanitários, fontes de água etc., ainda que varie de uma região para outra e, mesmo, de uma localidade para outra, a amplitude de situações em que se impõem restrições;³¹⁷

II) *Quanto à definição de membro do grupo discriminador e do grupo discriminado*: onde o preconceito é de marca, serve de critério o fenótipo ou aparência racial; onde é de origem, presume-se que o mestiço, seja qual for sua aparência e qualquer que seja a proporção de ascendência do grupo discriminador ou do grupo discriminado, que se possa invocar, tenha as “potencialidades hereditárias” deste último grupo e, portanto, a ele se filie, “racialmente”. Assim, a concepção de branco e “não branco” varia, no Brasil, em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região. Nos Estados Unidos, ao contrário, o

³¹⁷ NOGUEIRA, Oracy. *Op. cit.*, p. 293.

branqueamento, pela miscigenação, por mais completo que seja, não implica incorporação do mestiço ao grupo branco. Mesmo de cabelos sedosos e loiros, pele alva, nariz afilado, lábios finos, olhos verdes, sem nenhum característico que se possa considerar como negróide e, mesmo, lhe sendo impossível, biologicamente, produzir uma descendência negróide, para todos os efeitos sociais, o mestiço continuará sendo um “negro”,³¹⁸

III) *Quanto à carga afetiva*: onde o preconceito é de marca, ele tende a ser mais intelectual e estético; onde é de origem, tende a ser mais emocional e mais integral, no que toca à atribuição de inferioridade ou de traços indesejáveis aos membros do grupo discriminado. Assim, no Brasil, a intensidade do preconceito varia em proporção direta aos traços negróides; e tal preconceito não é incompatível com os mais fortes laços de amizade ou com manifestações incontestáveis de solidariedade e simpatia. Os traços negróides, especialmente numa pessoa por quem se tem amizade, simpatia ou deferência, causam pesar, do mesmo modo por que o causaria um “defeito” físico. Desde cedo se incute, no espírito da criança branca, a noção de que os característicos negróides enfeiam e tornam o seu portador indesejável para o casamento. Assim, é comum pessoas adultas brincarem com um menino branco, dizendo-lhe que, quando crescer, ele irá casar com uma mulher preta. Geralmente, insiste-se na brincadeira, até que a criança se irrite e proteste. Nos Estados Unidos, o preconceito tende a ser antes emocional e irracional que intelectual e estético, assumindo o caráter de antagonismo ou ódio intergrupar. Por isso mesmo, suas manifestações são mais conscientes, tomando a forma de exclusão ou segregação intencional da população negra, em relação aos mais diversos aspectos da vida social – segregação ocupacional, residencial, escolar, em instituições religiosas, culturais, recreativas e de assistência social e sanitária, em logradouros públicos, veículos e outros recintos de acesso público;³¹⁹

IV) *Quanto ao efeito sobre as relações interpessoais*: onde o preconceito é de marca, as relações pessoais, de amizade e admiração cruzam facilmente as fronteiras de marca (ou cor); onde o preconceito é de origem, as

³¹⁸ *Op. cit.*, p. 293-294.

³¹⁹ *Idem*, p. 295-296.

relações entre indivíduos do grupo discriminador e do grupo discriminado são severamente restringidas por tabus e sanções de caráter negativo. Assim, no Brasil, um indivíduo pode ter preconceito contra as pessoas de cor, em geral, e, ao mesmo tempo, ser amigo particular, cliente ou admirador de determinada pessoa de cor, sem que isso cause espécie ou implique uma mudança de atitude ou de conceito das demais pessoas em relação a ele, pois que não envolve uma redefinição de atitude ou de ponto de vista de sua parte. Nos Estados Unidos, o branco que mantém relações de amizade com pessoas de cor é pejorativamente chamado de *negro-lover* ou de “negro voluntário”, além de estar sujeito a sanções mais drásticas. A pessoa branca que se casa ou se une com uma de cor, socialmente, passa a ser negra, tornando-se objeto de discriminação e sendo relegada ao mundo social dos negros;³²⁰

V) *Quanto à ideologia*: onde o preconceito é de marca, a ideologia é, ao mesmo tempo, assimilacionista e miscigenacionista; onde é de origem, ela é segregacionista e racista. Assim, no Brasil, há uma expectativa geral de que o negro e o índio desapareçam, como tipos raciais, pelo sucessivo cruzamento com o branco; e a noção geral é de que o processo de branqueamento constituirá a melhor solução possível para a heterogeneidade étnica do povo brasileiro. Diante de um casamento entre uma pessoa branca e uma de cor, a impressão geral é a de que esta última foi “de sorte” enquanto aquela ou foi “de mau gosto” ou se rebaixou, deixando-se influenciar por motivos menos confessáveis. Quando o filho do casal misto nasce branco, também se diz que o casal “teve sorte”; quando nasce escuro, a impressão é de pesar. Nos Estados Unidos, a expectativa da maioria, em relação às minorias sujeitas a discriminação, é de que se mantenham endogâmicas e nucleadas, constituindo cada qual um mundo social à parte, de modo a se imiscuírem o mínimo possível com aquela, cuja “pureza” racial e característicos se considera necessário preservar;³²¹

VI) *Quanto à distinção entre diferentes minorias*: onde o preconceito é de marca, o dogma da cultura prevalece sobre o da raça; onde o preconceito é de origem, dá-se o oposto. Consequentemente, onde o preconceito é de

³²⁰ Id., p. 297.

³²¹ Ibidem, p. 298.

marca, as minorias menos endogâmicas e menos etnocêntricas são favorecidas; onde o preconceito é de origem, ao contrário, há maior tolerância para com as minorias mais endogâmicas e mais etnocêntricas. Assim, no Brasil, frequentemente, se ouve alegar, como agravante, em relação aos japoneses, sírios e outros grupos de imigrantes, que os mesmos “não se casam com brasileiros” e procuram preservar seu próprio patrimônio cultural – língua, religião, costumes. Nos Estados Unidos, ao contrário, quando se comparam duas ou mais minorias, frequentemente se aponta como atenuante o “estar ela satisfeita consigo mesma” e, portanto, o “não estarem os seus membros procurando impor-se aos outros grupos”. De um modo geral, nos Estados Unidos, há maior tolerância (que no Brasil) para com imigrantes que falam, mesmo em público, sua própria língua, que conservam sua própria música etc.;³²²

VII) *Quanto à etiqueta*: onde o preconceito é de marca, a etiqueta de relações inter-raciais põe ênfase no controle do comportamento de indivíduos do grupo discriminador, de modo a evitar a suscetibilização ou humilhação de indivíduos do grupo discriminado; onde é de origem, a ênfase está no controle do comportamento de membros do grupo discriminado, de modo a conter a agressividade dos elementos do grupo discriminador. Assim, no Brasil, não é de bom tom “puxar o assunto da cor”, diante de uma pessoa preta ou parda. Evita-se a referência à cor, do mesmo modo como se evitaria a referência a qualquer outro assunto capaz de ferir a suscetibilidade do interlocutor – em geral, diz-se que “em casa de enforcado, não se fala em corda”. Em contraposição, em qualquer contenda com uma pessoa de cor, a primeira ofensa que se lhe assaca é a referência a sua origem étnica. Nos Estados Unidos, a ênfase da etiqueta está em expressar a assimetria das relações entre brancos e negros. Assim, o branco exige que o negro o chame de *mister* e a ele se dirija mencionando-lhe o sobrenome; porém, o negro tem de se conformar em ser chamado pelo branco pelo primeiro nome, sem o uso daquela expressão;³²³

³²² Ibid., p. 298-299.

³²³ Ibid., 299.

VIII) *Quanto ao efeito sobre o grupo discriminado*: onde o preconceito é de marca, a consciência da discriminação tende a ser intermitente; onde é de origem, tende a ser contínua, obsedante. Em geral, o homem de cor, no Brasil, toma consciência aguda da própria cor nos momentos de conflito, quando o adversário procura humilhá-lo, lembrando-lhe a aparência racial, ou por ocasião do contato com pessoas estranhas, podendo passar longos períodos sem se envolver em qualquer situação humilhante, relacionada com a identificação racial. Isto é verdade, principalmente, para o homem de cor que vive numa pequena comunidade, onde predominam os contatos primários e onde, portanto, os indivíduos se conhecem pessoalmente uns aos outros. À medida que aumenta a frequência dos contatos secundários, se torna mais constante, para o indivíduo de cor, o risco de ser tratado em função dos traços raciais – e, portanto, de um estereótipo – pelo menos nas situações de contato categórico. Nos Estados Unidos, a consciência da própria identificação racial, por parte do negro, é contínua, permanente, obsedante; e envolve três tendências que se interpenetram: 1) uma preocupação permanente de auto-afirmação; 2) uma constante atitude defensiva; e 3) uma aguda e peculiar sensibilidade a toda a referência, explícita ou implícita, à questão racial;³²⁴

IX) *Quanto à reação do grupo discriminado*: onde o preconceito é de marca, a reação tende a ser individual, procurando o indivíduo “compensar” suas marcas pela ostentação de aptidões e característicos que impliquem aprovação social tanto pelos de sua própria condição racial (cor) como pelos componentes do grupo dominante e por indivíduos de marcas mais “leves” que as suas; onde o preconceito é de origem, a reação tende a ser coletiva, pelo reforço da solidariedade grupal, pela redefinição estética etc. Assim, no Brasil, a experiência decorrente do “problema da cor” varia com a intensidade das marcas e com a maior ou menor facilidade que tenha o indivíduo de contrabalançá-las pela exibição de outras características ou condições – beleza, elegância, talento, polidez etc. As expressões “grupo preto” ou “negro”, “grupo branco” ou “grupo pardo”, empregadas em relação ao Brasil, têm antes o sentido de conjunto de indivíduos com esta ou aquela aparência física, do que de “grupos sociais”, já que estes implicam uma organização específica,

³²⁴ Ibid., 300.

não correspondendo à mera soma estatística dos indivíduos. Nos Estados Unidos, a luta do negro, como negro, seja qual for sua aparência, é, sobretudo, uma luta coletiva. As próprias conquistas individuais são vistas como verdadeiras tomadas de novas posições em nome do grupo todo. Em todo o contato com pessoas brancas, mesmo nas organizações destinadas a combater as restrições raciais e a melhorar as relações das diferentes minorias entre si e com a maioria, o indivíduo de cor assume o papel de representante – vanguardeiro ou diplomata – de seu próprio grupo;³²⁵

X) *Quanto ao efeito da variação proporcional do contingente minoritário*: onde o preconceito é de marca, a tendência é se atenuar nos pontos em que há maior proporção de indivíduos do grupo discriminado; onde é de origem, ao contrário, a tendência é se apresentar sob forma agravada, nos pontos em que o grupo discriminado se torna mais visível pelo número. Com efeito, no Brasil, a impressão generalizada é a de que os indivíduos de cor esbarram com manifestações mais frequentes e ostensivas de preconceito em São Paulo, onde constituem uma cota mais reduzida sobre o conjunto da população, do que, por exemplo, na Bahia ou no Rio de Janeiro. Nos Estados Unidos, ao contrário, o negro está muito mais sujeito a restrições nos pontos em que representa uma cota mais numerosa da população. Em certos pontos do Norte, ao aumento na proporção de negros tem correspondido um agravamento da “questão racial”,³²⁶

XI) *Quanto à estrutura social*: onde o preconceito é de marca, a probabilidade de ascensão social está na razão inversa da intensidade das marcas de que o indivíduo é portador, ficando o preconceito de raça disfarçado sob o de classe, com o qual tende a coincidir; onde o preconceito é de origem, o grupo discriminador e o discriminado permanecem rigidamente separados um do outro, em *status*, como se fossem duas sociedades paralelas, em simbiose, porém irreduzíveis uma à outra. No Brasil, os próprios sociólogos que têm estudado o problema se veem em dificuldade quanto à distinção entre os efeitos do preconceito de classe e do preconceito de cor em relação aos pretos e pardos. Nos Estados Unidos, é tal a impermeabilidade que se observa entre

³²⁵ Ibid., 301-302.

³²⁶ Ibid., 303.

os grupos branco e negro que alguns dos mais destacados sociólogos não têm considerado impropriedade o emprego do termo “casta” com relação a tais grupos e, portanto, com referência à organização social norte-americana;³²⁷

XII) *Quanto ao tipo de movimento político a que inspira*: onde o preconceito é de marca, a luta do grupo discriminado tende a se confundir com a luta de classes; onde é de origem, o grupo discriminado atua como uma “minoría nacional” coesa e, portanto, capaz e propensa à ação conjugada. Com efeito, no Brasil, os movimentos sociais e políticos que têm apelado para a consciência de grupo da população de cor, como fonte de motivação para o proselitismo, têm resultado num fracasso. Do mesmo modo, o movimento político de inspiração nazifascista não deixou de fazer adeptos entre os elementos de cor, inclusive entre os intelectuais, o que, nos Estados Unidos, seria repellido como francamente paradoxal. Nos Estados Unidos, a minoria negra não apenas atua como se fosse uma nacionalidade em luta por um *status*, como tem sido equiparada a uma minoria nacional por estudiosos e políticos.³²⁸

Foi justamente com base nessa tese de Oracy Nogueira que a Universidade de Brasília constituiu o seu “tribunal racial”. Embora o julgamento da ADPF 186 refira-se ao vestibular do segundo período de 2009, a UnB já dera início ao seu sistema de reserva de vagas, por cotas de 20% para negros, no ano de 2004, depois de o programa de autoria dos antropólogos José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato ter sido aprovado (no ano anterior), por maioria, pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da referida instituição de ensino superior. A aplicação do novo método ficou a cargo de uma comissão universitária e do CESPE (órgão técnico encarregado de executar os exames vestibulares da universidade), o qual decidiu adotar medidas destinadas a coibir a ação de “fraudadores raciais”. Assim, haveria uma certificação da declaração racial, a partir do exame de fotografias dos candidatos inscritos no sistema de cotas. O edital oriundo dessa deliberação informava que “*o candidato deverá ser de cor preta ou parda; declarar-se negro e optar pelo sistema de cotas para negro*”, e explicava que os optantes seriam

³²⁷ Ibid., 303.

³²⁸ Ibid., 303-304.

fotografados no momento da inscrição, fazendo saber que uma comissão decidiria, com base nas imagens, sobre a homologação da inscrição.³²⁹

Desde o seu primeiro vestibular em que o programa foi aplicado, candidatos de pele mais clara foram rejeitados, mesmo com irmãos de pele mais escura e avôs negros descendentes de escravos. Romilda Macarini, diretora-geral do CESPE ofereceu um esclarecimento, afirmando que a comissão homologatória estava encarregada de analisar fenótipos, não ancestralidades. “*Numa frase remanescente do ‘racismo científico’, ela explicou: ‘Eles devem levar em consideração o tom da pele, o tipo de cabelo e os traços do rosto típicos da raça negra’*”³³⁰. Essa comissão era constituída por uma estudante, três representantes de ONGS do movimento negro, um sociólogo e um antropólogo, e deveria desempenhar o papel de “olhos da sociedade”, identificando os indivíduos que, em virtude de sua aparência, tenderiam a ser alvos de preconceito racial. Já no primeiro vestibular realizado sob o novo sistema de ingresso, houve dezenas de recursos administrativos, e a solução encontrada pelo CESPE foi exigir dos reclamantes um documento oficial de comprovação de cor e constituir uma segunda comissão que funcionaria como uma espécie de “comitê de psicologia racial”, encarregado de prosseguir o trabalho de certificação de raça iniciado pelo “comitê de anatomia racial”.³³¹

O sistema de cotas da UnB acabou servindo de modelo para muitas outras universidades de norte a sul do país. No percurso, incontáveis candidatos conheceram a estranha experiência de serem julgados e condenados como “fraudadores raciais”. Alguns casos curiosos chegaram a ganhar as páginas dos jornais, evidenciando os dilemas da identificação de

³²⁹ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 367-368.

³³⁰ Em 17/9/2003, o STF já tinha decidido no famoso “caso Ellwanger” – HC nº 82424 (em que reconheceu a existência do crime de racismo contra a comunidade judaica, praticado por meio da divulgação e comercialização de textos discriminatórios) o seguinte: “*Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência, são todos iguais. (...) A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista*”. (Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>).

³³¹ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. cit., p. 368.

raça numa sociedade marcada pelo imaginário da mestiçagem. Só que isso não abalou nenhum pouco Dione Moura, relatora do plano de cotas da UnB, que previu com burocrática tranquilidade o surgimento de casos em que a fronteira da raça homologada separaria irmãos biológicos. Porém, mesmo ela, não previu que a fronteira passasse entre gêmeos univitelinos, como ocorreu com Alex e Alan Teixeira da Cunha na inscrição para o vestibular do segundo semestre do ano de 2007. Sucede que o irmão rejeito acabou recorrendo, foi aceito na universidade e, involuntariamente, extinguiu o “comitê de anatomia racial”. Depois desse caso, todo o processo passou a ser fiscalizado apenas pela comissão designada para entrevistar os candidatos aprovados no sistema de reserva de vagas. A toda-poderosa comissão, que toma decisões irrecorríveis, tem composição sigilosa, e a instituição apenas informa que seus integrantes são *“docentes, representantes de órgãos de direitos humanos e de promoção da igualdade racial, e militantes do movimento negro de Brasília”*.³³²

O que se percebe, a partir desse ponto, é que a Universidade de Brasília afastou-se do paradigma de Oracy Nogueira, pois no lugar da “marca aparente da raça”, o seu tribunal racial busca uma “marca de consciência”: a “negritude ideológica”. Com efeito, as informações fragmentárias sobre as primeiras entrevistas do “comitê de psicologia racial” (realizadas ainda ao tempo em que a comissão funcionava como instância recursal), permitem entrever o grau de subjetividade e descompromisso acadêmico adotado. No caso, por exemplo, do candidato Alex Fabiany José Muniz, que teve seu recurso aceito, ele disse que *“a entrevista tem um cunho altamente político (...) perguntaram se eu havia participado de algum movimento negro ou se tinha namorado alguma vez com alguma mulata”*. Já no caso de Tatiana, uma candidata aprovada (por notas) no vestibular da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), ela perdeu sua vaga, porque, na entrevista perante um comitê igualmente composto por docentes e representantes de ONGS do movimento negro, tendo sido questionada sobre a sua percepção do tema da raça e se já havia se sentido vítima de preconceito, falou que se considerava parda: *“Menos parda do que meu pai, porque minha mãe é branca. Respondi que nunca sofri preconceito e que escolhi me inscrever no sistema de cotas porque ele dá uma*

³³² MAGNOLI, Demétrio. *Op. cit.*, p. 368-369.

*chance para que nós, de cor parda, possamos ingressar na universidade. Falei a verdade". Falou "a verdade errada".*³³³

3.7. Horizonte pós-ADPF 186

Antes de encaminhar seu voto³³⁴ no julgamento da ADPF nº 186, o hoje, seguramente, mais prestigiado e influente juiz da Suprema Corte brasileira, ministro Gilmar Mendes, esteve no limiar de decidir contra o sistema de cotas da Universidade de Brasília. E por dois bons e essenciais motivos que, afinal, acabam se entrelaçando: em primeiro lugar, porque o único fator de *discrímen* a considerar foi o racial, isoladamente; em segundo, porque o modelo da UnB deixou a última palavra sobre quem deveria beneficiar-se (do programa respectivo) para os tais "tribunais raciais".

Com efeito, ele praguejou: *"...há um questionamento que é relevante (...) É que, no modelo da Universidade de Brasília, adotou-se exclusivamente o critério racial. Esse é um ponto que precisa ser enfatizado. Nós vamos discutir ainda a questão do ProUni*³³⁵*, e lá nós vemos que, a despeito de se enfatizar a*

³³³ Idem, p. 369-370.

³³⁴ Isto é, antes de proferir o voto escrito, ainda nas discussões com seus pares, as quais são registradas no acórdão.

³³⁵ Trata-se de um programa do governo federal destinado ao financiamento de bolsas de estudo para estudantes universitários de baixa renda que, como referido neste estudo, leva em conta o critério socioeconômico, e que, como o ministro antevia, foi declarado constitucional pelo STF pouco tempo depois do julgamento da ADPF nº 186, extraíndo-se de sua ementa o seguinte excerto: *"Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. (...) A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. A Lei 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares*

questão do negro, também se leva em conta a questão das pessoas pobres. E esse é um debate que está presente, inclusive, nas críticas que se faz. Aqui, não. Na verdade, esse modelo acabou por estabelecer tão somente este critério, o critério racial. E aí resvalou, inclusive, talvez em razão desse déficit de ser pioneiro, para uma situação que tem sido objeto de crítica, e até de caricatura, que é o tal ‘tribunal racial’. De fato, é difícil (...) justificar essa ideia do denominado ‘tribunal racial’. Embora haja o modelo, diga-se, um modelo de autodesignação, há um tipo de pergunta que tem sido revelada na mídia, que é feito por esse tribunal chamado órgão de seleção ou esse tribunal racial. E nós já vimos que ele está longe de ser infalível, como se demonstrou da tribuna, aquela situação de gêmeos univitelinos em que um foi reconhecido como negro e o outro, não, gerando um tipo de situação de difícil aceitação no sistema como um todo. Então, parece-me que esse é um ponto que precisa ser enfatizado”³³⁶.

E continuou: *“Então, essa distorção precisa ser realmente enfocada. E é preciso dizer: o modelo da UnB padece desse vício, podendo gerar distorções e perversões a ponto de pessoas negras que estudaram em escolas privadas, que tiveram todas as mais adequadas condições, agora, no final, optam pelo vestibular e vão se submeter a esse tribunal racial, gerando essa distorção. Então, parece-me que esse é um ponto que precisa ficar gravado, que precisa ficar enfatizado, para que esse modelo não prossiga, para que ele seja devidamente aperfeiçoado. Se eu fosse me basear apenas no aspecto formal, eu diria que esse déficit, não ter levado em conta o referencial social, deveria me levar, também, a julgar procedente esta ação, tendo em vista este fundamento (...). Não é razoável que alguém se invista na universidade neste*

patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (‘ciclos cumulativos de desvantagens competitivas’). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem”. (ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, Plenário, DJE de 22-3-2013).

*tipo de poder de dizer quem é branco e quem é negro para essa finalidade. Seria muito mais razoável adotar-se um critério objetivo de referência, de índole socioeconômica. Porque todos podemos imaginar as distorções eventualmente involuntárias, como esses casos estão a demonstrar, mas também eventuais distorções de caráter voluntário, a partir desse tribunal que, segundo se diz, pelo menos na mídia, opera com quase nenhuma transparência. Então, veja que se conferiu, aí, a um grupo de iluminados esse poder que ninguém quer ter, de dizer quem é branco, quem é negro, numa sociedade altamente miscigenada. Então, temos (...), realmente, um sério problema a despeito da correção do discurso”*³³⁷.

Ao enfatizar, contudo, que o modelo da Universidade de Brasília cumpria um rito de passagem, por ser pioneiro (no sentido de estabelecer cota para negros em que a raça era o único critério considerado), e por estar terminando o prazo estabelecido no programa original, o ministro Gilmar Mendes, apesar das duras ressalvas, acabou votando com o relator: *“Portanto, eu gostaria de fazer essas observações para que fique assente, pelo menos, a minha dúvida quanto à possibilidade de que esse modelo eventualmente seja estendido, vencido o seu prazo. Creio que, como eu disse, é um programa de dez anos que já está no seu oitavo ano de desenvolvimento e eu tenho dúvida de que esse modelo possa prosseguir e não ter questionamento se não houver os necessários aprimoramentos. Com essas observações, julgo improcedente a ação”*³³⁸.

Mera retórica, *data maxima venia*. Ora, se o ministro tivesse feito o devido cotejo com o plano de ação afirmativa da UERJ, restaria evidente a existência de outro meio menos gravoso para os negros (e brancos) pobres que foram alijados do acesso à Universidade de Brasília, ainda que tivessem obtido melhor nota do que os negros de classe média beneficiados pelo sistema de cotas, donde a inconstitucionalidade do programa da UnB por violação ao princípio da proporcionalidade. E não seria só uma hipótese. O exemplo era real, e a UERJ foi pioneira em estabelecer um modelo de ação afirmativa que alia critérios socioeconômicos ao étnico-racial, como visto

³³⁷ Idem, p. 168-169.

³³⁸ Id., p. 171.

alhures. Por que Gilmar Mendes não trouxe o exemplo da UERJ para o tablado? Simples: porque, aí, ele se veria obrigado a julgar procedente o pedido veiculado na ADPF nº 186, dada a invencibilidade do argumento, vitaminado, agora, por um paradigma concreto que poderia reverter os rumos do julgamento, mas ele não queria fazê-lo, por certo.

Outro problema foi ter considerado, claramente, que a utilização do tribunal racial constituiria um abuso, porque permitia a terceiros substituir o candidato, “em uma sociedade altamente miscigenada”, na sua declaração de pertencimento a tal e qual “raça”, o que não passaria, quiçá, o teste da proibição do arbítrio. Afinal, quais os limites desse tribunal racial? O Supremo Tribunal Federal não foi tão fundo nessa questão, considerando constitucional, no entanto, ainda que indiretamente, o critério da heterodeclaração adotado pela UnB.

A esse respeito, oportuno observar que um dos maiores geneticistas do Brasil, o Dr. Sérgio Danilo Pena (médico e professor do Departamento de Bioquímica e Imunologia da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais) foi ouvido como especialista na sessão de julgamento da ADPF, onde, categoricamente, deu seu parecer no sentido de que “(...) *do ponto de vista científico, raças humanas não existem e (...) não é apropriado falar de raça, mas sim de características de pigmentação da pele. E a cor da pele não está geneticamente associada a nenhuma habilidade intelectual, física e emocional*”³³⁹, afastando o conceito biológico de raça que prevalece, todavia, em sua acepção sociológica, como visto. Em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo (um dos mais prestigiados do Brasil), contudo –, ainda às voltas com o seu projeto mais famoso (*Retrato Molecular do Brasil*), mas antes de publicá-lo –, Sérgio Pena admitiu que “*A avaliação da ‘raça de marca’ de uma pessoa é feita visualmente e é sempre subjetiva. Já a ancestralidade ou origem geográfica, após os avanços do Projeto Genoma Humano, pode ser quantificada objetivamente. Implantamos em nosso laboratório exames de marcadores de DNA que permitem calcular um Índice de Ancestralidade*

³³⁹ Ibidem, p. 30.

*Africana, ou seja, estimar para cada genoma humano qual proporção originou-se na África*³⁴⁰.

Significa, em princípio, que, no atual estágio científico da genética, a regra de construção norte-americana da *one drop* poderia ser aplicada de forma objetiva, a partir da identificação da ancestralidade. Todavia, como dito, o preconceito sociorracial brasileiro é de marca, e não de origem, de modo que uma espécie de “certificado de ancestralidade mínima” –, a pretexto de conferir segurança ao sistema de cotas, legitimando o beneficiário da medida afirmativa correspondente –, seria, ao contrário, desastroso no Brasil, valendo lembrar que o aludido geneticista acabou refutando essa ideia ao responder negativamente à pergunta que lhe foi ali inicialmente formulada (há uma base objetiva para definir o conceito de raça?), nos seguintes termos: “*A interpretação genética dos achados de nossa pesquisa é que a população brasileira atingiu um nível muito elevado de mistura gênica. A esmagadora maioria dos brasileiros tem algum grau de ancestralidade genômica africana. Poderia a nossa nova capacidade de quantificar objetivamente, através de estudos genômicos, o grau de ancestralidade africana de cada indivíduo fornecer um critério científico para avaliar a afrodescendência? A minha resposta é um enfático não. Tentar usar testes genômicos de DNA para tal seria impor critérios qualitativos a uma variável que é essencialmente quantitativa e contínua. A definição sobre quem é negro ou afrodescendente no Brasil terá forçosamente de ser resolvida na arena política. Do ponto de vista biológico, a pergunta nem faz sentido*”³⁴¹.

Refutada, portanto, essa que seria a única forma realmente objetiva de aferir-se a “negritude” (e também a “indianidade”), deve-se optar pelo sistema de autodeclaração, evitando-se, como regra, os tribunais raciais, e exigindo-se um *escrutínio rígido*, nos moldes da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, para os casos em que, excepcionalmente, forem adotados os tais comitês ou comissões de análise psicológico-fenotípica nos programas de ação afirmativa, partindo-se do princípio de que são inconstitucionais e afastando-se tal presunção desde que o poder público comprove que atuou de

³⁴⁰ PENA, Sérgio Danilo. *Os múltiplos significados da palavra raça*. São Paulo: Folha de São Paulo, opinião, tendências e debates, 21 dez./2002, p. 2.

³⁴¹ Idem, p. 2.

todas as formas possíveis para identificar a existência ou não de preconceito de marca na vida do candidato (seja a uma universidade, escola técnica, concurso público etc.), levando em consideração o parentesco do certamista, sua vizinhança, suas amizades, seu perfil psicológico, vicissitudes etc., a fim de que não haja tratamento desigual entre os candidatos cotistas.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010)³⁴², por exemplo, adotou o critério da *autodeclaração*, como se vê do inciso IV, parágrafo único de seu artigo 1º, *expressis verbis*: “*Para efeito deste Estatuto, considera-se (...) IV – população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga; (...)*”. No universo de proteção à população negra, trata-se de lei geral que prevê a adoção de ações afirmativas nos mais variados setores da vida em sociedade, como disposto em seu art. 4º, incs. II e VII, senão veja-se: “*Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de: (...) II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa; (...) VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros*”.

Por sua vez, a Lei das Cotas em Instituições de Ensino Superior e Escolas Técnicas Federais (Lei nº 12.711/2012) também previu o critério da *autodeclaração*: “*Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)*”. Todavia, a Lei das Cotas em Concursos Públicos Federais (Lei nº 12.990/2014) inovou, estabelecendo o critério da

³⁴² Que finalmente positiva no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de modelos afirmativos com a nomenclatura fiel ao paradigma norte-americano: “ação afirmativa”.

heterodeclaração: “Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE. Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”, cujo regulamento³⁴³ prevê seja formada comissão para verificar “tão somente os aspectos fenotípicos do candidato”.

Ora, se o negro é aquele que se declara como tal, segundo o Estatuto da Igualdade Racial, haveria uma aparente antinomia com a Lei das Cotas em Concursos Públicos Federais, de igual hierarquia (ambas são leis ordinárias). Contudo, o conflito é afastado pelo critério clássico de hermenêutica da especialidade (a lei das cotas, além de posterior, traz regra específica para efeito de acesso ao serviço público). Acontece que, como restou discutido anteriormente, a simples avaliação fenotípica do candidato, por uma comissão do órgão ou entidade responsável pelo certame, não tem o condão de aferir, em toda a sua complexa dimensão, se determinada pessoa é suscetível ou não ao preconceito de marca que a caracterizaria como preta ou parda, mormente esta última, donde a inconstitucionalidade, a partida, daquele regulamento.

³⁴³ A Orientação Normativa (IN) nº 3, de 1/8/2016, da Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público, ligada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão regulamentou serodidamente o dispositivo legal, estabelecendo o seguinte: “Art. 2º Nos editais de concurso público para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União deverão ser abordados os seguintes aspectos: I - especificar que as informações prestadas no momento da inscrição são de inteira responsabilidade do candidato; II - prever e detalhar os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, com a indicação de comissão designada para tal fim, com competência deliberativa; III - informar em que momento, obrigatoriamente antes da homologação do resultado final do concurso público, se dará a verificação da veracidade da autodeclaração; e IV - prever a possibilidade de recurso para candidatos não considerados pretos ou pardos após decisão da comissão. § 1º As formas e critérios de verificação da veracidade da autodeclaração deverão considerar, tão somente, os aspectos fenotípicos do candidato, os quais serão verificados obrigatoriamente com a presença do candidato. § 2º A comissão designada para a verificação da veracidade da autodeclaração deverá ter seus membros distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade. § 3º Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Com efeito, as questões já começam a pulular, trazendo-se, aqui, dois exemplos bem simbólicos. O primeiro, e mais recente (já sob a égide da ON nº 3/2016)³⁴⁴, foi divulgado pela Folha de São Paulo³⁴⁵, em relação ao concurso do Instituto Rio Branco (que forma os diplomatas brasileiros). A notícia é estarrecedora, mostrando que quase a metade dos candidatos que passaram nos testes eliminatórios dentro do sistema de cotas foram, posteriormente, reprovados pela comissão encarregada de julgar o fenótipo dos certamistas: *“A comissão incumbida de verificar a autodeclaração dos candidatos que se inscreveram como negros no concurso de admissão à carreira diplomática reprovou 47 das 100 pessoas que compareceram à entrevista. Havia 60 vagas reservadas para esse grupo na próxima fase”*. Danilo Silvério, um desses eliminados pela comissão, reclamou: *“Toda sociedade vê você como negro, mas uma banca formada para isso não?”* A reportagem prossegue, indicando as “peripécias” da comissão: *“Em círculos de aspirantes a diplomatas, candidatos citam o caso de Lucas Nogueira Siqueira – que teve a autodeclaração rejeitada e assiste às aulas do Instituto Rio Branco sub judice – e procuram identificar o que chamam de ‘fraudadores’, ‘falsos negros’, ‘afroconvenientes’ ou ‘cenourões’. O último termo faz alusão a casos hipotéticos de pessoas brancas dispostas a fazer bronzeamento artificial para prestar o concurso. Em meio às acusações, muitos dos reprovados se queixam de desgaste e de ter a identidade roubada”*. Um deles disse aos repórteres: *“Eu acordei negro e fui dormir branco; parece que eu não sou branco o bastante para passar incólume por uma batida policial, mas não sou negro o bastante para as cotas. Nem me preocupa mais a prova”*.

O segundo caso diz com discriminação reversa, e foi veiculado pelo Jornal “O Estado de São Paulo”; pelo que se sabe, trata-se da primeira questão judicial ocorrida após a promulgação da lei de cotas para negros nos concursos públicos de âmbito federal. Em resumo, noticia-se que Carlos Delano de Araújo Brandão ficou em 15º lugar em um concurso para escrivão do Banco do Brasil (sociedade de economia vinculada à Administração Pública Federal indireta), que convocou 15 candidatos: 11 que disputaram a ampla

³⁴⁴ Vide nota anterior.

³⁴⁵ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/09/1812385-itamaraty-exclui-de-concurso-47-candidatos-autodeclarados-negros.shtml>>.

concorrência, três cotistas e uma portadora de deficiência. O advogado de Brandão alegou que a lei de cotas para concursos públicos é inconstitucional, dizendo à reportagem: *“Não se discute a questão das cotas para as universidades, que é legítima e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O concurso em questão diferenciou os candidatos pela sua cor. Como se isso significasse desproporção na capacidade de realizar uma prova escrita, o que não ocorreu”*. O juiz Adriano Mesquita Dantas, em sua decisão, afirmou que a lei de cotas para negros e pardos em concursos públicos é inconstitucional.³⁴⁶

Em verdade, as duas únicas minorias que no Brasil fariam realmente jus a um tratamento diferenciado, em matéria racial, seriam os índios, mesmo os semiaculturados, como bem apontou Darcy Ribeiro, relativamente àqueles que participam da comunidade “branca”, mas não perdem as suas tradições e as repassam de pai para filho; e também os quilombolas, que são os descendentes dos escravos negros que conseguiram fugir de seus alcoses e se refugiar em comunidades próprias denominadas “quilombos”. Da mesma forma que os indígenas, esses indivíduos conseguem manter suas tradições e sua vida gira em torno dessas comunidades que tendem a desaparecer se não forem protegidas. Índios e quilombolas semiaculturados poderiam ser recenseados, e quanto a eles não haveria dúvida acerca da legitimidade em beneficiar-se de programas afirmativos. Todavia, o desenvolvimento dessas medidas no Brasil já tem uma década e meia, disseminando-se a decisão política de abranger todos aqueles que, em tese, sofreriam preconceito de marca, o que foi confirmado pelo julgamento da ADPF 186.

Assim, a crítica que aqui se faz com relação à discriminação reversa e o problema dos “tribunais raciais” é que a lei não deve estabelecer como fator de *discrímen* apenas a raça, ou melhor, a cor da pele do indivíduo, como claramente estabelecido pela Lei nº 12.990/2014. Nesse ponto, e por tudo o que se disse ao longo do presente estudo, não há o que discordar das ressalvas apontadas pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto (mas que foram desconsideradas no dispositivo do acórdão), e que se coadunam com o

³⁴⁶ Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,trt-diz-que-cota-para-negro-em-concurso-e-inconstitucional,10000009107>>.

pensamento de Roberta F. M. Kaufmann, para quem: *“Para se tentar flexibilizar este debate praticamente insolúvel – saber quem é negro no Brasil –, ao mesmo tempo em que também se procura combater outra barreira, talvez a principal a impedir a ascensão do negro, faz-se necessário um novo modelo de ações afirmativas, baseado em critérios próprios para a realidade brasileira. A nossa proposta, assim, seria a conjugação de dois fatores – o racial e o social –, visando a garantir uma melhor legitimidade ao debate, a menor possibilidade de utilização da má-fé, na autoclassificação racial, à diminuição da possibilidade de discriminação reversa...”*³⁴⁷.

³⁴⁷ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 255.

CONCLUSÕES

À vista das razões expendidas, o que se conclui, em primeiro lugar, é que o programa de ação afirmativa instituído pela Universidade de Brasília deveria ter sido declarado inconstitucional, o que é cabível em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.882/1999³⁴⁸, embora com efeitos somente a partir do vestibular 2012/2 –, uma vez que a demanda só foi julgada em meados do primeiro semestre de 2012 –, por uma questão de segurança jurídica, na medida em que não fora concedida medida liminar para suspender a reserva de vagas.

À pergunta sobre quem somos nós, os brasileiros, responde-se com base nos estudos antropológicos de Darcy Ribeiro: somos um povo miscigenado que, a partir da protocélula mameluca forjada no século XVI – e originada do intenso cruzamento entre os colonizadores europeus e as índias locais, tudo bastante facilitado pelo costume indígena do cunhadio e a circunstância de os portugueses para cá não terem trazido, em regra, as suas mulheres e famílias –, sofre forte influência do contingente negro escravizado, trazido ao Brasil simplesmente por questões econômicas, e não por uma suposta inferioridade de raça ou por conta da indolência dos índios; e que, já na passagem do século XVIII para o XIX, constitui-se em um povo novo, haurido da conjugação das três matrizes básicas – a branco-europeia, a indígena-nativa e a negro-africana –, a par de, dos estertores do século XIX até o início do último quartel do século XX, ter sido reforjado pela intensa imigração europeia, comparável, em números, ao contingente originário ameríndio e ao dos negros escravizados (designadamente entre a primeira metade do século XVII e a primeira metade do século XIX). Somos, enfim, o verdadeiro *melting pot* do hemisfério sul, representado não pela “salada de frutas” de culturas segregadas dos Estados Unidos, mas pelo cadinho cultural daquelas três matrizes formador de um povo único.

³⁴⁸ “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

No contexto evolutivo da sociedade, durante os cinco séculos de sua existência, o Brasil produziu uma realidade completamente diversa da estadunidense, no que tange às relações “inter-raciais”, não tendo ocorrido aqui um sistema oficial de segregação, tal como o verificado nos Estados Unidos com as “Leis Jim Crow”. Mas, partindo da constatação de que os descendentes dos ex-escravos negros formaram, em grande medida, a base da pirâmide social brasileira, um regime não segregacionista não quer dizer que o negro não sofra preconceito no país. Ao contrário, o preconceito existe, muitas vezes de forma velada, mas se trata – como teorizado por Oracy Nogueira – de um preconceito de marca, de cunho fenotípico, distinto do preconceito de origem norte-americano que remete à ancestralidade dos indivíduos e tende, por isso, à manutenção de um convívio social segregado como o que se assiste até hoje naquele país, embora não mais, evidentemente, patrocinado pelo próprio Estado³⁴⁹.

A base do preconceito de marca no Brasil, contudo, não se circunscreve à cor da pele, representando muito mais um problema de ordem econômica –, mormente pela ausência de uma política oficial de integração dos escravos negros recém-libertos no final do século XIX –, potencializado pelo estímulo estatal à imigração de europeus no mesmo período, o que, evidentemente, resultou numa expressiva marginalização daqueles, mas também dos mamelucos dos grandes sertões brasileiros, haja vista que aquela era uma época de intensa escassez de recursos econômicos. De maneira que a ideia de pobreza e classe social inferior é o mote principal do referido preconceito de marca no Brasil, que se associa em maior grau às pessoas de cor morena, por formarem o maior contingente de hipossuficientes econômicos dentro do espectro de miscigenação – único no mundo – do povo brasileiro.

A nosso ver, isso implica, no plano jurídico-constitucional, que as medidas afirmativas em matéria racial, no Brasil, não devem levar em

³⁴⁹ Os recentes casos de violência policial contra os negros nos EUA e, um pouco antes, todas as celeumas envolvendo o julgamento de O. J. Simpson demonstram que os Estados Unidos estão longe de resolver o seu problema racial. No Brasil, ao contrário, nunca se ouviu falar de alguma dificuldade, por questões de raça, em formar corpo de jurados nos grandes júris populares (respeitantes à persecução dos crimes contra a vida), sendo desafiadora, entretanto, a repercussão (negativa ou positiva, não se sabe ainda) em torno das ações afirmativas que podem até estimular, em longo prazo, o segregacionismo no país.

consideração exclusivamente o critério “raça ou cor da pele”, por flagrante e despropositada discriminação reversa, atingindo desfavoravelmente os pobres, sobretudo os negros pobres, dêse que, como dito, representem a maior parte da população carente, donde a violação ao princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput* da Constituição da República, em sua combinação com o art. 3º, IV da mesma Carta, *verbis*: “Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...)*. Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*”.

Ademais, no julgamento da ADPF nº 186/DF, o Supremo Tribunal Federal não se preocupou em realizar um controle de constitucionalidade assentado em bases objetivas, na medida em que desprezou os elementos da fórmula da proibição do arbítrio, como teste inicial de observância do princípio da igualdade, nem muito menos se desincumbiu de aplicar o princípio da proporcionalidade (ou proibição do excesso), como teste derradeiro. Com efeito, se por um lado o sistema de cotas da UnB passou o teste da proibição do arbítrio –, porquanto tendesse, legitimamente, a elevar o nível de diversidade de seu corpo discente, à época carente de indivíduos pretos e pardos com cabedal mínimo para ingressar no ambiente acadêmico –, por outro, o STF não foi feliz em demonstrar que o benefício trazido com tal elevação da diversidade, em detrimento de brancos e negros socialmente desfavorecidos, justificasse a opção por aquele sistema, quando havia outro modelo igualmente idôneo, mas visivelmente menos impactante na produção de discriminação reversa, tal o praticado pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), após o advento da Lei Estadual nº 5.346/2008.

De qualquer forma, nessa linha de raciocínio, fixar o modo de interpretação do princípio da igualdade – que, na espécie, deveria contemplar como fator de discriminação (positiva) os critérios socioeconômico e racial, à semelhança da forma adotada pela Lei nº 5.346/2008 do Estado do Rio de Janeiro –, não seria, na prática, possível, uma vez que os programas em apreço

guardam distinções irreconciliáveis, a começar pelo percentual de reserva de vagas que, no caso do Rio de Janeiro, ultrapassa o dobro do considerado pela Universidade de Brasília, razão por que a medida escoreita seria a declaração de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos, na forma sugerida inicialmente.

Observe-se, por outro lado, que apenas quatro meses depois de o STF ter concluído o julgamento da ADPF 186, o Congresso Nacional aprovou a citada Lei nº 12.711/2012, dispondo, justamente, sobre o ingresso nas universidades (públicas) federais e instituições de ensino técnico de nível médio, onde conjugou critérios de ordem socioeconômica com o étnico-racial³⁵⁰, sinalizando uma correção de rumos e uma sintonia do Congresso com o consenso geral da população, tendo causado surpresa o fato de um tema tão fraturante na sociedade não ter obtido sequer um voto contrário do Supremo Tribunal Federal. Assim, no plano da admissão às instituições públicas federais de ensino superior e escolas técnicas, coube ao Congresso Nacional a última palavra, já que tais regras estão em vigor desde o ano de 2013, abrangendo, também, a Universidade de Brasília. Todavia, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional não foi modificada, o Supremo Tribunal Federal acabou autorizando os Estados a utilizarem exclusivamente o critério racial como fator de *discrímen*, como fez a UnB no caso da ADPF nº 186, donde a persistência do risco de discriminação reversa indevida.

³⁵⁰ Com efeito, segundo os arts. 1º a 3º da lei em referência, foi fixado o seguinte regime jurídico: **a)** pelo menos 50% (cinquenta por cento) das vagas em instituições federais de ensino superior devem ficar reservadas para egressos do ensino médio público; **b)** destas, metade deve ser reservada para os estudantes de baixa renda (até 1,5 salários mínimos); **c)** em cada uma destas faixas, serão reservadas vagas para pretos, pardos e indígenas, proporcionalmente ao respectivo número populacional no Estado em que baseada a instituição superior de ensino federal; **d)** as vagas não preenchidas pelas “minorias” (vagas residuais) serão preenchidas pelos egressos do ensino médio público. Assim, para cada 100 vagas (não havendo residuais), se fosse considerada, por hipótese, a população do Brasil como um todo (e a divisão racial conforme os dados do censo/2010), ter-se-ia: 26 vagas (para afrodescendentes egressos de escolas públicas); 02 vagas (para indígenas egressos de escolas públicas); 22 vagas (para brancos e amarelos egressos de escolas públicas); 50 vagas (para concorrência entre brancos, afrodescendentes, amarelos e indígenas provenientes de escolas privadas). Por fim, o critério da temporariedade também foi respeitado pela Lei nº 12.711/2012, como se vê de seu art. 7º cuja redação é a seguinte: “O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior”.

Além disso, foi editada, mais tarde, a Lei nº 12.990/2014, estabelecendo uma cota fixa, para os negros, de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos, no âmbito da Administração Pública Federal brasileira (cuja remuneração é sensivelmente melhor do que a oferecida pela maioria dos Municípios e Estados da Federação), tendo como base, pura e simplesmente, o critério étnico-racial, em consonância, portanto, com o entendimento adotado pela Suprema Corte, no caso das cotas para ingresso em universidades públicas federais, o que nos parece, como dito, inconstitucional, por violação à cláusula da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput* c/c art. 3º, IV).

Com efeito, não se devem admitir, para o perfil incomum da realidade brasileira, modelos de ação afirmativa em que a “raça” seja o critério único a considerar, ainda que a pretexto de aumentar a diversidade racial nos mais diversos setores da sociedade (notadamente no serviço público e nas instituições de ensino), sob o argumento virtuoso de observância às justiça distributiva e compensatória. Pensamos, inclusive, ser falaciosa a noção de que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana venha admitido isso, pois, ao se filiar ao critério do escrutínio rígido, parte da presunção de que as normas discriminatórias positivas são inconstitucionais, a partida, cabendo ao aplicador da lei demonstrar que as medidas previstas são as menos restritivas possíveis (*narrowly tailored measures*) entre as destinadas a fomentar interesses estatais cogentes (*compelling governmental interests*), de modo que limitações a direitos com base na raça somente serão declaradas constitucionais se o poder público desincumbir-se de comprovar que houve um interesse estatal de tal monta a ensejar, necessariamente, a edição da norma e que ela seja a menos restritiva possível, o que, permita-se dizer, é impossível de ocorrer, no plano fático, quando apenas a raça do indivíduo for considerada, porque sempre haverá outra medida menos restritiva quando esta levar em conta outros fatores conjugados à raça.

Logo, no caso brasileiro, os concursos públicos que forem realizados sob a égide da Lei nº 12.990/2014, devem levar em conta não só a raça, mas também traços da vida individual do candidato que demonstrem efetivamente que ele fará a diferença no serviço público como um membro desenvolvido da minoria favorecida, tal como proclamado no paradigmático caso *Bakke* (ainda

que aí estivesse em causa a admissão em universidade pública): “...as preferências raciais são permissíveis se sua finalidade for aumentar a diversidade racial entre os alunos, e se não estipularem quotas fixas para as minorias, mas levarem em consideração a raça como um dos fatores dentre muitos”³⁵¹, sendo que esse mesmo raciocínio vale para os famigerados tribunais raciais.

Outra conclusão, ainda relativamente aos tais tribunais raciais, é que (tendo em conta os estudos do médico geneticista Sérgio Pena), mesmo no atual estágio científico da genética, se a regra de construção norte-americana da *one drop* pudesse ser aplicada de forma objetiva, a partir da identificação da ancestralidade, ainda assim, o preconceito sociorracial brasileiro é de marca, e não de origem, de modo que uma espécie de “certificado de ancestralidade mínima” –, a pretexto de conferir segurança ao sistema de cotas, legitimando o beneficiário da medida afirmativa correspondente –, seria, ao contrário, desastroso no Brasil. E se essas comissões ou comitês que analisam o fenótipo do indivíduo não forem submetidos a escrutínio rígido (cabendo-lhes o ônus da prova), a partir da aferição, em todo o seu complexo dimensionamento, se determinada pessoa é suscetível ou não ao preconceito de marca que a caracterizaria como preta ou parda, mormente esta última, por certo que suas decisões estarão fadadas à inconstitucionalidade.

Finalmente, pensamos que a implementação das medidas de caráter afirmativo pelo Estado, no Brasil, se deu de força açodada, como sói ocorrer na “pátria do imprevisto” (deu certo nas olimpíadas, mas dá errado em muitas outras ocasiões), sem a participação popular e sem maiores estudos e discussões (como sempre). Qual a emergência em implementá-las? Certamente não foi para evitar uma nova guerra civil, como nos Estados Unidos. Foi, então, de forma indireta, para dissuadir as pessoas a eliminar o racismo na sociedade brasileira. Será isso possível? Pensamos que não. E quando os objetivos dessas medidas forem alcançados, atingindo-se razoavelmente a tão sonhada igualdade no plano fático, será que o Estado terá força para acabar com elas? Pensamos que será muito difícil. E por que, ao invés das cotas, não investir em políticas universalistas de educação pública de

³⁵¹ Vide nota 252.

base, por exemplo, ou, então, em ações afirmativas diversas, tais como bolsas de estudo, programas especiais de treinamento, linhas de crédito especiais e estímulos fiscais? Pensamos que seria melhor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; Virgílio Afonso da Silva (Trad.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça?* São Paulo: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Cadernos de Pesquisa, v. 34, n. 121, p. 213-239, jan./abr. 2004.

BALAKRISHNAN, Konakuppakatil Gopinathan. *A prática do controle de constitucionalidade nos dias de hoje. Palestra do Juiz Presidente da Suprema Corte da Índia perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Controlde_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAFLON, Verônica Toste. *Políticas de reserva: o modelo indiano de ação afirmativa*. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp121706.pdf>>.

DWORKIN, Ronald; Jussara Simões (Trad.). *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald; Nelson Boeira (Trad.). *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald; Luís Carlos Borges (Trad.). *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: EDUSP, 2010.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala. Apresentação de Fernando Henrique Cardoso*. 47. ed. São Paulo: Global, 2003.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. In: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/BID/UNESCO, 2005.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade - o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Depois da democracia racial*. São Paulo: Tempo Social – Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 2, p. 269-287, novembro/2006.

IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Rio de Janeiro: Revista Topoi, março/2003.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração*. In: GARCIA, M.; PIOVESAN, F. (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos (grupos vulneráveis)*. São Paulo: RT, 2011. v. 4.

KELSEN, Hans; João Baptista Machado (Trad.). *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Monole, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O negro, a suprema corte e a emenda constitucional nº 13*. Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21731>>.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Constituição brasileira de 1988: interpretações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MARX, Karl. *Os resultados eventuais da dominação Britânica na Índia*. New York Daily Tribune, 8/8/1853. Jason Borba (Trad.). Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000073.pdf>>.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da *Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Educação da USP. Cadernos de Pesquisa, n. 117, p. 197-217, novembro/2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Eduardo B.; GUEDES, Luciano Palhano. *Cotas raciais na UERJ*. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Grupos Excluídos, Mov. Sociais e Direitos Humanos). Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/61639/mod_resource/content/1/COTAS%20RACIAIS%20NA%20UERJ.pdf>.

NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil*. São Paulo: Tempo Social – Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 1, p. 287-308, novembro/2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e institucionais*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 1.

PENA, Sérgio Danilo. *Os múltiplos significados da palavra raça*. Jornal Folha de São Paulo, opinião, tendências e debates, p. 1-3, 21 dez. 2002.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. In: *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *O supremo tribunal federal e o direito internacional dos direitos humanos*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10. ed. Saraiva: 2006.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 1. ed., 14ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDTZ, David; William Lagos (Trad.). *Os elementos da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos e garantias fundamentais: interpretação jusfundamental "pro homine"*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SOWELL, Thomas; Joubert de Oliveira Brízida (Trad.). *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Com prefácio do autor para a edição brasileira. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Rio de Janeiro: Arquivos de Direitos Humanos, 1999, v. 1.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

TURRA, Cleusa; VENTURI, Gustavo. *Racismo cordial: a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil*. São Paulo: Ática, 1998.

WEDDERBURN, Carlos Moore. *Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações*. In: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/BID/UNESCO, 2005.

ÍNDICE DE DOCUMENTOS

A

Acórdão	ADPF	nº	186	(disponível	em:
<file:///C:/Users/Magistrado/Downloads/texto_269432069.pdf>)					
					102, 108, 110, 115
Acórdão	HC	nº	82.424	(disponível	em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>)					
					164
Acórdão	RE	nº	466.343	(disponível	em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>)					
					27
Acórdão	RE	nº	597.285	(disponível	em:
<file:///C:/Users/Magistrado/Downloads/texto_207767406%20(2).pdf>)					
					105

C

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	10, 24-25, 27-34, 38-39, 100-101, 106-108, 113, 120, 178
- art. 1º	25
- - inc. III	25
- art. 3º	101
- - inc. III	101
- - inc. IV	101
- art. 4º	25
- - inc. II	25
- art. 5º	24, 100, 108, 178
- - inc. LIV	113
- - inc. LXVII	27
- - inc. LXXI	38
- - § 1º	100
- - § 2º	24, 27-30, 32, 100, 113
- - § 3º	27, 30-31, 33-35
- art. 7º	10
- - inc. XX	10
- art. 19	106
- - inc. III	106
- art. 37	10
- - inc. VIII	10
- art. 102	25
- - inc. III	25
- - - al. b.	25
- - § 1º	107-108
- art. 103	39
- - § 2º	39
- art. 207	100
- art. 208	108, 120
- - inc. V	108, 120
Constituição dos EUA	57
- 13ª Emenda	57

- - Seção 1	57
- - Seção 2	57
- 14ª Emenda	57
- - Seção 1	57
- - Seção 5	57
- 15ª Emenda	57
- - Seção 1	57
- - Seção 2	57
CONSTITUTION of India (disponível em: < http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf >)	41
- art. 15	41
- - cl. (4)	41

D

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	91
- art. 1º	91
- art. 6º	91
Decreto nº 65.810/1969	22
- art. I	100
- - it. (4)	100
- art. II	100
- - it. (2)	100
Decreto nº 678/1992	26
- art. 7º	26
- - it. (7)	26
Decreto nº 6.949/2009	31

F

Fisher v. University of Texas, 570 U.S. ____ (2013)	87, 88
Fisher v. University of Texas, 579 U.S. ____ (2016)	88

I

IBGE. <i>Os indígenas no censo demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça</i> . Rio de Janeiro, 2012 (disponível em: < http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf >)	11
IBGE/IPEA. Dados sobre população, numa perspectiva de divisão por raça, referentes ao último Censo (2010). Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8197 >	121
IBGE/PNAD. Síntese de indicadores sociais 2012: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 28/11/2012. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010961811202012185527900054.pdf >	109

L

Lei nº 8.112/1990	10
- art. 5º	10
- - § 2º	10

Lei nº 9.882/1992	9, 108, 176
- art. 1º	108
- art. 11	176
Lei nº 9.394/1996	100
- art. 51	100
Lei nº 9.504/1997	10
- art. 10	10
- - § 3º	10
Lei nº 9.868/1999	9
Lei nº 12.288/2010	171
- art. 1º	171
- - par. ún.	171
- - - inc. IV	171
- art. 4º	171
- - inc. II	171
- - inc. IV	171
Lei nº 12.711/2012	171, 179
- art. 3º	171
Lei nº 12.990/2014	171
- art. 2º	172